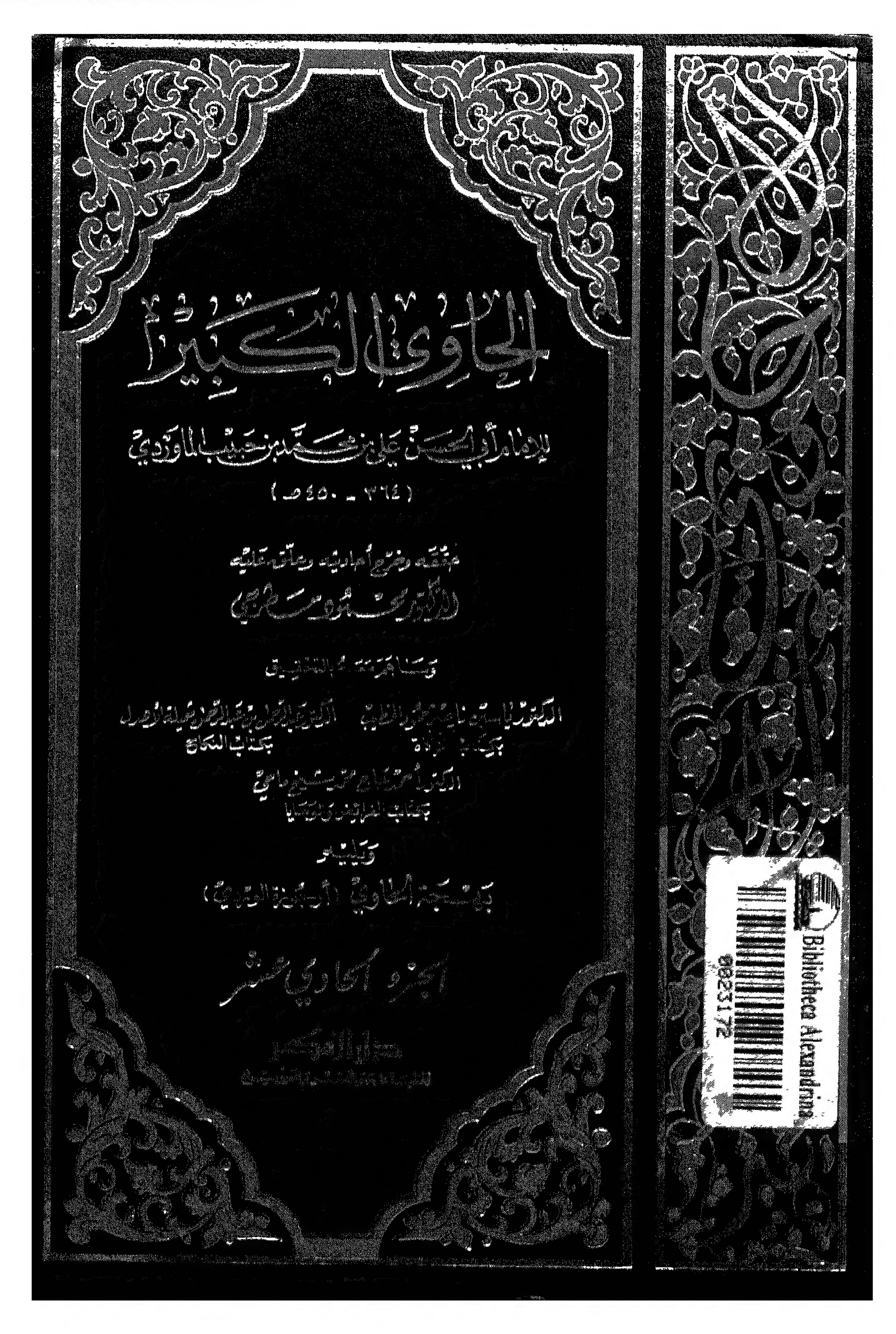

الحاوي الكبير
للإمام أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي
(٣٦٤ - ٤٥٠ هـ)
حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه
الدكتور محمود مطرجي
وساهم معه بالتحقيق
الدكتور عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الأهدل
بكتاب الزكاة
الدكتور ياسين ناصر محمود الخطيب
بكتاب النكاح
الدكتور أحمد حاج محمد شيخ ماحي
بكتاب الفرائض والوصايا
ويليه
بهجة الحاوي (الأرجوزة الوردية)
الجزء الحادي عشر
دار الفكر







الحاوي الكبير

للإمام أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي

(٣٦٤ - ٤٥٠هـ)

حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه

الدكتور محمود مطرجي

وساهم معه بالتحقيق

الدكتور ياسين ناصر محمود الخطيب
بكتاب الزكاة

الدكتور عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الأهدل
بكتاب النكاح

الدكتور حسن علي كوركولو
بكتاب الحدود

الدكتور أحمد حاج محمد شيخ ماحي
كتاب الفرائض والوصايا

ويليه

بهجة الحاوي (أرجوزة الوردي)

الجزء الحادي عشر

كتاب النكاح

دار الفكر

للطباعة والنشر والتوزيع



كِتابُ النِّكَاحِ

بسم الله الرحمن الرحيم

قال الماوردي: أباح الله تعالى النكاح نصاً في كتابه، وصريحاً في سنة نبيه ﷺ. انعقد بهما سالف إجماع الأمة، وتأكد بهما سالف العترة[١]، قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاس اتَّقوا رَبَّكُم الَّذِي خَلَقَكُم مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبث مِنْهُما رِجَالاً كَثِيراً وَنِسَاءً﴾[٢]، قوله: ﴿مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ﴾[٣] يعني آدم ﴿وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا﴾[٤] يعني حواء، لأنها خلقت من حي وقيل لأنها من ضلع أيسر، وقال الضحاك: خلقها من ضلع الخلف وهو من أسفل الأضلاع[٥]، ولذا قيل للمرأة: ضلع أعوج[٦].

فلما نزلت هذه الآية قال رسول الله ﷺ: «خُلِقَتِ المرأةُ من الرَّجُلِ فهمها في الرَّجُلِ، وخُلِقَ الرَّجلُ من التُّرابِ فهمه في التّرابِ»[٧].

---

(١) العترة: أهل الرجل وعشيرته الأدنون، والمراد هنا: آل رسول الله ﷺ.

(٢) سورة النساء، الآية: ١.

(٣) سورة النساء، الآية: ١.

(٤) سورة النساء، الآية: ١.

(٥) في الدر المنثور للسيوطي: ٢/ ٤٢٣ عن ابن عمرو قال: خلقت حواء من خلف آدم الأيسر. وعن الضّحّاك: خلق حواء من آدم، من ضلع الخلف، وهو أسفل الأضلاع.

(٦) حديث أبي هريرة عند مسلم في النكاح (١٤٦٨) (٦٥) مرفوعاً: «إن المرأة كالضّلع - إذا ذهبْتَ تقيمُها كسرتُها، وإنْ تركتها استمتعت بها وفيها عوج» و(٥٩): «إن المرأة خلقت من ضلع»، و(٦٠) «واستوصوا بالنساء، فإن المرأة خلقت من ضلع، وإنّ أعوجَ شيء في الضّلع أعلاه...».

وحديث: «إن المرأة كالضلع» أخرجه البخاري في النكاح (٥١٨٤) و(٥١٨٦) والترمذي (١١٨٨)، وأحمد: ٢/ ٤٢٨ و٤٤٩ و٤٩٧، والدارمي: ١/ ١٤٨، والبغوي (٢٣٣٣).

(٧) قال السيوطي في الدر المنثور: ٢/ ٤٢٣: أخرجه ابن المنذر وابن أبي حاتم، والبيهقي في الشعب عن ابن عباس وبلفظ: «نهمته»، وابن كثير في تفسيره: ١/ ٤٤٨.

وقال جلّ وعز: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ مِنْ أَنفُسِكُم أَزْوَاجاً﴾[١] وفيه تأويلان:

أحدهما: أنها حواء خلقها من ضلع آدم.

والثاني: أنه خلق سائر الأزواج من أمثالهم من الرجال والنساء[٢].

﴿لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا﴾[٣] لأنه جعل بين الزوجين من الأنسة، ما لم يجعل بين غيرهما. ﴿وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾[٤] فيها تأويلان:

أحدهما: أن المودة المحبة، والرحمة الشفقة، قاله السدي[٥].

والثاني: أن المودة الرحمة، قاله الحسن البصري[٦].

وقال تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَراً فَجَعَلَهُ نَسَباً وَصِهْراً﴾[٧] يعني بالماء: النطفة، والبشر: الإنسان، والنسب مَنْ ناسبك بوالد وولد، وكل شيء أضفته إلى شيء عرفته به فهو مناسبه. وفي الصهر ها هنا تأويلان:

أحدهما: أنه الرضاع. قاله طاوس.

والثاني: أنه المَنَاكح وهو قول الجمهور، وأصل الصهر الاختلاط فسميت المَنَاكح صهراً لاختلاط الناس بها.

وقال تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الأَيَامَى مِنكُم﴾[٨] الآية. والأيامى أيم وهي التي لا زوج لها، ومنه ما روي عن النبيّ ﷺ أنه نهى عن الأيمة[٩] يعني العزبة، وفي هذا الخطاب قولان:

---

(١) سورة الروم، الآية: ٢١.

(٢) راجع: الطبري في تفسيره: ٢١/ ٢٠ ـ ٢١، والقرطبي: ١٤/ ١٧ ـ ١٨.

(٣) سورة الروم، الآية: ٢١.

(٤) سورة الروم، الآية: ٢١.

(٥) في تفسير القرطبي: ١٤/ ١٧.

(٦) في تفسير القرطبي: ١٤/ ١٧: عطف الرحمة على المودة هو عطف تفسير، وفي رواية للحسن وابن عباس وعكرمة: المودة هي الجماع. وراجع الفتح القدير: ٤/ ٢١٩.

(٧) سورة الفرقان، الآية: ٥٤.

(٨) سورة النور، الآية: ٣٢.

(٩) لم أقف عليه بهذا السياق، وورد في الفائق للزمخشري: ٣/ ٤٢ أنه ﷺ كان يتعوّذ من خمسٍ، وفيها: «الأيمة».

أحدهما: أنه خطاب للأولياء أن ينكحوا أياماهن من أكفائهن إذا دعون إليه.

والثاني: أنه خطاب للأزواج أن يتزوجوا الأيامى عند الحاجة.

وفي قوله تعالى: ﴿إِنْ يَكُونُوا فُقَراء يُغْنِهِم اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾[1] تأويلان:

أحدهما: أن يكونوا فقراء إلى النكاح يغنهم الله عن السفاح.

والثاني: أن يكونوا فقراء إلى المال يغنهم الله إما بقناعة الصالحين، وأما بإجماع الرزقين إليه[2].

روى عبد العزيز بن داود، أن النبيّ ﷺ قال: «اطلُبُوا الغِنَى في هذه الآية: ﴿إنْ يكونُوا فقراءَ يُغْنِهم اللَّهُ من فضله﴾[3].

وقال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُوا فِي اليَتَامَى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾[4] وفي هذا الشرط أربع تأويلات:

أحدها: معنى ﴿إن خفتم ألا تعدلوا﴾في نكاح اليتامى ولا تخافون ألاَّ تعدلوا في النساء، فقال: كما خفتم أن لا تعدلوا في أموال اليتامى، فهكذا خافوا أن لا تعدلوا في النساء. وهذا قول سعيد بن جبير[5].

والثالث[6]: أنهم كانوا يَتَوَقَّوْنَ أموال الأيتام، وَلا يَتَوَقَّوْنَ الزنى فقال: كما خفتم أموال الأيتام فخافوا الزنى وانكحوا ما حل لكم من النساء، فهذا قول مجاهد.

والرابع: أن سبب نزولها أن قريشاً كانت في الجاهلية تكثر التزويج بغير عدد محصور، فإذا كثر على الواحد منهم مؤنة زوجاته وقلَّ ما بيده، سدَّ يده إلى ما عنده من

---

(١) سورة النور، الآية: ٣٢.

(٢) ذكر القرطبي في تفسيره التأويلين المذكورين هنا: ١٢/٢٣٩ ـ ٢٤٠.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في باب وجوب النكاح وفضله (١٣٨٥) عن الحسن، عن عمر بن الخطاب موقوفاً عليه. والآية: ٣٢ من سورة النور. وأخرجه أيضاً في (١٠٣٩٣).

(٤) سورة النساء، الآية: ٣.

(٥) راجع القرطبي في تفسيره: ٥/ ١٢ وقول سعيد بن جبير.

(٦) في أ، وب، وج، سقط التأويل الثاني.

الأموال للأيتام، فقدَّر الله بهذه الآية عدد المنكوحات حتى لا يتجاوزه فيحتاج إلى التعدي في أموال الأيتام[١]، وهذا قول عكرمة.

وفي قوله: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾[٢] قولان: أحدهما: أنه عائد إلى النكاح، وتقديره: نكاحاً طَيِّباً، وهذا قول مجاهد. والثاني: أنه عائد إلى النساء، وتقديره: فانكحوا ما حَلَّ، وهذا قول الفَرَّاء. فهذا من كتاب الله تعالى دال على إباحة النكاح.

وأما السنة فروى ابن مسعود. أن النبيّ ﷺ قال: «يا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنِ اسْتَطَاعَ منكُمْ البَاءَةَ فليتزوَّجْ فإنَّه أغضُّ للبصَرِ وأحصَنُ للفَرْجِ، ومَنْ لم يستطِعْ فعليه بالصَّوْمِ فإنه له وَجَاء»[٣]. وروي أن النبي ﷺ قال: «تناكَحُوا تكثرُوا فإنّي أباهي بكُمْ الأُمَمَ حتى بالسِّقْطِ»[٤]. وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ أَحَبَّ فِطْرَتِي فَلْيَسْتَنَّ بسنَّتي ألا وهي النكاح»[٥].

وروي أن جماعة من أصحاب رسول الله ﷺ عزموا على جَبِّ أنفسهم، والتخلي

---

(١) أخرج مسلم في التفسير (٣٠١٨) (٦) حديث عائشة، أن عروة سأل عائشة عن قول الله تعالى في الآية ـ قالت: يا ابن أختي، هذه اليتيمة تكون في حِجْر وليِّها تشاركه في ماله، فيُعجبه مالها وجمالها، فيريدُ وليها أن يتزوجها بغير أن يقسط في صداقها فيعطيها مثل ما يعطيها غيره، فنُهوا أن ينكحوهنّ إلا أن يقسطوا لهنّ مهراً... أخرجه ابن حبان (٤٠٧٣)، وأبو داود (٢٠٦٨) والنسائي: ٦/ ١١٥ ـ ١١٦ والبيهقي: ٧/ ١٤٢.
وأخرجه البخاري في النكاح (٥٠٦٤) و(٥٠٩٢) والتفسير (٤٥٧٢).

(٢) سورة النساء، الآية: ٣.

(٣) حديث ابن مسعود: أخرجه البخاري في الصوم (١٩٠٥)، والنكاح (٥٠٦٥) و(٥٠٦٦)، ومسلم في النكاح (١٤٠٠) (١) و(٢)، وأبو داود (٢٠٤٦)، وابن ماجة (١٨٤٥)، والنسائي: ٦/ ٥٧ و٥٨، والدارمي: ٢/ ١٣٢، والترمذي: (١٠٨١)، والحميدي: (١١٥)، وأحمد: ١/ ٤٢٤ و٤٢٥ و٤٣٢، والبيهقي: ٤/ ٣٩٦. والوجاء: رضّ أو دقّ الأنثيين كي تذهب شهوة الجماع. أمّا الخصاء، فنزع الأنثيين.

(٤) قال الشافعي في الأم باب ما جاء في أمر النكاح: ٥/ ١٤٤: فبلغنا أن النبي ﷺ قال: «تناكحوا...» والبيهقي في معرفة السنن والآثار: ٥/ ٢١٩ ـ ٢٢٠ عن الشافعي بلاغاً. والحديث عند ابن حجر في تلخيص الحبير: ٣/ ١١٥، والزبيدي في الاتحاف: ٥/ ٢٨٦، والقرطبي في تفسيره: ٥/ ٣٩١.

(٥) أخرجه الشافعي في الأم باب ما جاء في أمر النكاح: ٥/ ١٤٤ بلاغاً، والبيهقي من حديث ابن عباس: ٧/ ٧٨، والسيوطي في الدر المنثور: ٢/ ٣١١، والبيهقي في المعرفة: ٥/ ٢٢٠، وعبد الرزاق (١٠٣٧٨) وسعيد بن منصور من طريق عبيد بن سعد مرفوعاً: ١/ ١٣٨ (٤٨٧) وأبو يعلى: ٥/ ١٣٣.

لعبادة ربِّهم، فبلغ ذلك رسولُ الله ﷺ فنهاهم وقال: «لا زِمَامَ، وَلاَ خِزَامِ، ولا رهبانيّةَ، ولا سياحَةَ، ولا تبتُّلَ في الإسلام»[1]. أما الزمام والخزام فهو ما كان عليه بنو إسرائيل من زم الأنوف، وخرق التراقي. أما الرهبانية، فهي اجتناب النساء وترك اللحم. وأما السياحة، فهي ترك الأمصار ولزوم الصحاري. وأما التبتل، فهو الوحدة والانقطاع عن الناس. ولأن سائر الأمم عليه مجمعة والضرورة إليه داعية لما فيه من غض الطرف وتحصين الفرج وبقاء النسل وحفظ النسب.

وروي عن عائشة أنها قالت: «كانت مناكِحُ الجاهليّة على أربعةِ أَضْرُبٍ نكاحُ الرَّاياتِ، ونِكاحُ الرَّهْطِ، ونكاحُ الاستنجادِ، ونكاحُ الوارِدِ»[2].

فأما نكاح الرايات: فهو أن العاهر في الجاهلية كانت تنصب على بابها راية ليعلم المار بها عهرها فيزني بها. وقد قيل في قوله تعالى: ﴿وَذَرُوا ظَاهِرَ الإِثْمِ وَبَاطِنَهُ﴾[3] تأويلان: أحدهما: أن ظاهر الإثم أولات الرايات، وباطنه ذات الإخفاء، وهو قول السدي والضحاك.

(١) لم أقف على الحديث كاملاً، وإنما ورد مجزّءاً ومفرّقاً. ففي صحيح البخاري من حديث أنس (٥٠٦٣) قال: «جاء ثلاثة رهط إلى بيوت أزواج النبي ﷺ يسألون عن عبادة النبي ﷺ، وساق الحديث»، وقال ابن حجر في الفتح: ٩/ ١٠٤ «وقع في مرسل سعيد بن المسيب عند عبد الرزاق: أن الثلاثة المذكورين هم: علي، وابن عمر، وعثمان بن مظعون». ووقع في أسباب الواحدي بغير إسناد: أن رسول الله ﷺ ذكر الناس وخوفهم، فاجتمع عشرة من الصحابة وهم: أبو بكر، وعمر، وعلي، وابن مسعود، وأبو ذر، وسالم مولى أبي حذيفة، والمقداد، وابن عمرو، ومعقل بن مقرن في بيت عثمان بن مظعون فاتفقوا أن يصوموا النهار، ويقوموا الليل، ولا يناموا على الفراش، ولا يقربوا النساء، ويجبّوا مذاكيرهم. . .
وراجع الفائق للزمخشري: ٢/ ١٢٢.

(٢) حديث عائشة: أخرجه البخاري في النكاح (٥١٣٧): «أن النكاح في الجاهلية على أربعة أنحاء: فنكاح منها نكاح الناس اليوم، يخطب الرجل إلى الرجل وليّته أو ابنته، فيصدقها ثم ينكحها. ونكاح آخر: كان الرجل يقول لامرأته إذا طهُرت من طمثها: أرسلي إلى فلان: فاستبضعي منه، ويعتزلها زوجها ولا يمسُّها أبداً حتى يتبيَّن حملُها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه، فكان هذا النكاح نكاح الاستبضاع. ونكاح آخر: يجتمعُ الرّهطُ ما دون العشرة فيدخلون على المرأة، كُلهم يصيبُها، فإذا حملت ووضعت ومرّ ليالٍ بعد أن تضع حملها، أرسلت إليهم، فلم يستطع رجل منهم أن يمتنع حتى يجتمعوا عندها. . . فنقول: فهو ابنك يا فلان، تسمّي من أحبت باسمه. . . ونكاح رابع: يجتمع الناس الكثير فيدخلون على المرأة، لا تمنعُ من جاءها وهنّ البغايا، كنّ ينصبن على أبوابهنّ رايات: تكون علماً، فمن أرادهنّ دخل عليهنّ. . .» وأخرجه أبو داود (٢٢٧٢) والبيهقي: ٧/ ١١٠ والدارقطني: ٣/ ٢١٦ ـ ٢١٧.

(٣) سورة الأنعام، الآية: ١٢٠.

والثاني: أن ظاهره ما حظر من ذوات المحارم، وباطنه الزنى، وهو قول سعيد بن جبير.

وأما نكاح الرهط، فهو أن النفر من القبيلة أو القبائل كانوا يشتركون في إصابة المرأة، فإذا جاءت بولد ألحق بأشبههم به.

وأما نكاح الاستنجاد، فهو أن المرأة كانت إذا أرادت ولداً نُجِداً، نجيباً بذلت نفسها لنجيب كل قبيلة وسيدها فلا تلد إلا نجيباً، فتلحقه بأيهم شاءت.

وأما نكاح الوارد، فهو النكاح الصحيح المقصود للتناسل الذي قال فيه رسول الله ﷺ: «وُلِدْتُ من نِكَاحٍ لا من سِفَاحٍ»[1] فإن الله تعالى لم يزل ينقل نبيه عليه السلام من الأصلاب الزاكية إلى الأرحام الطاهرة.

وقد قال ابن عباس في قوله تعالى: ﴿وَتَقَلُّبَكَ فِي السَّاجِدِينَ﴾[2] قال: «من نبيٍّ إلى نبي» حتى جعلك نبياً وكان نور النبوة في آبائه ظاهراً، حتى حُكي أن كاهنةً بمكة يقال لها فاطمة بنت مر الخثعمية[3] قرأت الكتب، فمرَّ بها عبد المطلب ومعه ابنه عبد الله يريد أن يزوجه آمنة بنت وهب، فرأت نور النبوة في وجه عبد الله فقالت: هل لك أن تغشاني وتأخذ من الإبل[4]؟ فقال عبد الله:

أما الحرام فالممات دونه ... والحل لا حل فاستبينه
فكيف بالأمر الذي تبغينه ... .[5]

فلما تزوج آمنة وحملت منه برسول الله ﷺ مرّ في عوده بفاطمة فقال: هل لك فيما قلت؟ فقالت: قد كان ذلك مرة فاليوم لا، فماذا صنعت؟ فقال: زوجني أبي بآمنة بنت وهب الزهرية فقالت: فقد أخذتُ النور الذي قد كان في وجهك وأنشأت تقول:

---

(١) حديث ابن عباس: أخرجه ابن سعد في الطبقات: ١/ ٦٠ ـ ٦١: وأبو نعيم في الدلائل: ١١/ ١٢. وقال ابن حجر في تلخيص الحبير: ٣/ ١٧٦: وسنده ضعيف.

(٢) سورة الشعراء، الآية: ٢١٩.

(٣) في دلائل النبوة للبيهقي باب تزوج عبد الله بن عبد المطلب بآمنة بنت وهب، وهي أخت ورقة بن نوفل بن أسد بن عبد العزى، واسمها أم قتال. والبداية والنهاية لابن كثير: ٢/ ٢٣١ ـ ٢٣٢.

(٤) فراغ في جميع النسخ. وفي دلائل النبوة للبيهقي: لك عندي من الإبل مثل التي نُحِرت عنك، وقعْ عليَّ الآن». وعند ابن كثير: «مائة من الإبل».

(٥) في البداية والنهاية لابن كثير: «يحمي الكريم عرضه ودينه».

إنـي رأيـت مَخِيلـةٍ ضـاءت فتـلألأت كتـلالـيء الفجـر
ولَمـأتهـا نـوراً يضـيء بهـا مـا حـولـه كـإضـاءة البـدر
ورأيتهـا متبينـاً شـرفـا مـا كـل قـادح زنـده يـوري
لله مـا زهـريـة سلبـت ثوبيك ما استلبت وما تـدري[1]

فصل: فأمّا اسم النكاح، فهو حقيقة في العقد مجاز في الوطء عندنا.

وقال أبو حنيفة: هو حقيقة في الوطء، مجاز في العقد. وتأثير هذا الخلاف: أن من جعل اسم النكاح حقيقة في الوطء، حرّم بوطء الزنى ما حرّم بالنكاح. ومن جعله حقيقة في العقد، لم يُحَرِّم بوطء الزنى حرم بالنكاح على ما سيأتي شرحه ودليله. لكن من الدليل على أنه حقيقة في العقد، أن كل موضع ذكر الله تعالى النكاح في كتابه، فإنما أراد به العقد دون الوطء. ولأن التزويج لما كان بالإجماع اسماً للعقد حقيقة، كان النكاح بمثابته لاشتراكهما في المعنى. ولأن استعمال النكاح في العقد أكثر وهو به أخص وأشهر وهو في أشعار العرب أظهر، قال الشاعر[2]:

بنـو دارم أكفـاؤهُـم آلُ مسمَـع وتنكـحُ فـي أكفـائِهـا الخطبـاتُ

---

(١) أورد البيهقي في دلائل النبوة هذه القصة: ١/١٠٢ ـ ١٠٤، وابن كثير في البداية والنهاية: ٢/٢٣١ ـ ٢٣٢.

(٢) البيت هو لهمّام بن غالب بن صعصعة، الدارمي، والملقب بالفرزدق ت (١١٤)هـ.

باب ما جاء في أمر رسول الله ﷺ وأزواجه في النكاح[١]

قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (إنّ الله تعالى لمّا خصّ به رسولَهُ ﷺ من وَحْيِهِ، وأبانَ بينَهُ وبين خَلْقَهُ بما فرضَ عليهم من طاعتِهِ، افترضَ عليه أشياءَ خففهَا عن خلقه ليزيدَهُ بها إن شاءَ اللّهُ قُرْبَةً إليه، وأباح له أشياءَ حَظَرَها على خَلقهِ زيادةً في كرامَتِهِ وتبياناً لفضيلته ﷺ[٢].

هذا فصل نقله المزني مع بقية الباب من أحكام القرآن للشافعي، فأنكر بعض المعترضين عليه إيراد ذلك في مختصره، لسقوط التكليف عنا فيما خص به الرسول من تخفيف وتغليظ، ولوفاة زوجاته المخصوصات بالأحكام، فلم يكن فيه إلاَّ التشاغل بما لا يلزم عما يجب ويلزم. فصوب أصحابنا ما أورده المزني، وردُّوا على هذا المعترض بما ذكروه من عرض المزني من وجهين:

أحدهما: أنه قدّم مناكح النبي ﷺ تَبَرُّكاً، والتَّبرُّكُ في المناكح مقصودٌ كالتبرك فيها بالخطب.

والثاني: أن يسبق العلم بأن الأمة لا تساوي نبيها ﷺ في مناكحه وإن ساوته في غيرها من الأحكام، حتى لا يقدم أحد على حظر عليه اقتداء به.

فصل: أما قول الشافعي: إن الله تعالى لمّا خصّ به رسوله ﷺ من وَحْيِهِ ففيه روايتان:

إحداهما: لِمَا خص بكسر اللام وتخفيف الميم.

والأخرى: لَمَّا خُصَّ بفتح اللام وتشديد الميم. فمن روى بكسر اللام وتخفيف الميم، وحملها على معنى الشرط، وجعل ما بمعنى الذي، واللام قبلها للإضافة؛ فيكون تقديره: إن الله تعالى لأجل الذي خص به رسوله ﷺ من وحيه.

---

(١) في مختصر المزني: ص: ١٦٢ العنوان هو: مختصر في النكاح الجامع من كتاب النكاح، وما جاء...

(٢) مختصر المزني: ص ١٦٢. والأم للشافعي باب ما جاء في أمر رسول الله ﷺ وأزواجه: ٥/ ١٤٠.

وَمَنْ روى بفتح اللام وتشديد الميم، حملها على معنى الخبر، وجعل ما بمعنى بعد، فيكون تقديره: أن الله تعالى خص رسوله من وحيه.

وكلا الروايتين جائزة والأولى أظهر.

وإنْ قيل: فكيف جعل الشافعي رسول الله ﷺ مخصوصاً بالوحي، وقد أوحى الله تعالى إلى غيره من الأنبياء؟ قال الله تعالى: ﴿إِنَّا أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ كَمَا أَوْحَيْنَا إِلَى نُوحٍ وَالنَّبِيِّينَ مِنْ بَعْدِهِ﴾[1] فعن ذلك ثلاثة أجوبة:

أحدها: أنه خُصَّ بالوحي من بين أهل عصره، حتى بعث رسولاً إلى جميعهم، فكان مخصوصاً بالوحي من بينهم.

والثاني: أنه خُصَّ بانتهاء الوحي وختم النبوة حتى لا ينزل بعده وحي ولا يبعث بعده نبي، فصار خاتماً للنبوة، مبعوثاً إلى الخلق كافة[2]. حتى بعث إلى الإنس والجن، وقال ﷺ: «بُعِثْتُ إلى الأحمرِ والأسودِ»[3] وفيه تأويلات:

أحدهـا: إلى العرب والعجم.

والثاني: إلى الإنس والجن.

والثالث: أنه خُصَّ بالوحي الذي هو القرآن المعجز الذي يبقى إعجازه إلى آخر الدهر، ويعجز عن معارضته أهل كل عصر، وليس فيما أوحي إلى من قبله من الأنبياء إعجاز، يبقى فصار بهذا الوحي مخصوصاً.

وأما قول الشافعي: وأبان بينَهُ وبينَ خلقِهِ بما فرضَ عليهم من طاعة أولي الأمر وأَحَبَّهُ لوجوب طاعته» قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الأَمرِ مِنْكُمْ﴾[4]، وفي أولي الأمر ثلاثة أقاويل:

---

(١) سورة النساء، الآية: ١٦٣.

(٢) إشارة إلى الآية الكريمة ﴿وما أرسلناك إلا كافةً للنّاس بشيراً ونذيراً﴾ سورة سبأ، الآية: ٢٨. والآية: ﴿ولكنْ رسول الله وخاتم النبيّين﴾ سورة الأحزاب، الآية: ٤٠.

(٣) حديث أبي ذر: «أعطيتُ خمساً لم يعطهُنّ أحد من قبلي: بُعثْتُ إلى الأحمر والأسود»، أخرجه أحمد: ٥/١٤٨ و١٦١ ـ ١٦٢، وابن حبان (٦٤٦٢)، والحاكم على شرط البخاري، ومسلم: ٢/٤٢٤، ووافقه الذهبي، وقال الهيثمي: ٨/٢٥٩، أخرجه أحمد، ورجاله رجال الصحيح.

(٤) سورة النساء، الآية: ٥٩.

أحدها: أنهم الأمراء وهو قول ابن عباس.

والثاني: هم العلماء وهو قول جابر.

والثالث: هم أصحاب رسول الله ﷺ وهو قول مجاهد[1]. فأوجب طاعة أولي الأمر، كما أوجب طاعة الرسول ﷺ، فأين موضع الإبانة بينه وبين خلقه بما فرض عليهم من طاعته؟ وعن ذلك ثلاثة أجوبة:

أحدها: أن طاعة أولي الأمر من طاعة الرسول لتباينهم عنه وقيامهم مقامه، فصار هو المخصوص بها دونهم.

والثاني: أن طاعة الرسول واجبة في أمور الدين والدنيا، وطاعة أولى الأمر مختصة بأمور الدنيا دون الدين، فتميز عنهم بوجوب الطاعة.

والثالث: أن طاعة الرسول باقية أوامره ونواهيه إلى قيام الساعة، وطاعة أولي الأمر مختصة بمدة حياتهم وبقاء نظرهم، فكان هذا موضع الإبانة بينه وبينهم.

فصل: وأما قول الشافعي: «افترض عليه أشياء خفّفها عن خلقه ليزيده بها إن شاء الله قربة إليه، وأباحَهُ أشياء حظَرها على خلقه زيادةً في كرامته وتبييناً لفضيلته». وهذا صحيح، إن الله تعالى خص رسوله ﷺ بالرسالة، وفرض الطاعة، حتى يُمَيَّز بهما على جميع المخلوقات مَيَّزَهُ عنهم في أحكام الدِّين من وجهين. أحدهما: تغليظ، والآخر: تخفيف.

فأما التغليظ، فهو أن فرض عليه أشياء خففها عن خلقه وذلك لأمرين:

أحدهما: لعلمه بأنه أقوم بها منهم، وأصبر عليها منهم.

والثاني: ليجعل أجره بها أعظم من أجورهم، وَقُرْبَهُ بها أزيد من قربهم.

وأما التخفيف فهو أنه أباحه أشياء حظرها عليهم، وذلك لأمرين:

أحدهما: لتظهر بها كرامته، ويبين بها اختصاصه ومنزلته.

---

(١) أخرج السيوطي في الدر المنثور، ٢/٥٧٣ عن ابن عباس قال: نزلت في عبد الله بن حذافة، وعن أبي هريرة: هم أمراء السرايا، وعن ابن عباس أيضاً: هم أهل الفقه والدين، وهو قول جابر. وعن مجاهد: الفقهاء والعلماء، وفي رواية: أهل العلم والفقه والدين. وعن الضحاك: هم أصحاب رسول الله ﷺ. وعن عكرمة: أبو بكر وعمر، وعن الكلبي: أبو بكر، وعمر، وعثمان، وعلي، وابن مسعود. وراجع تفسير القرطبي: ٥/٢٥٩ ـ ٢٦٠. وتفسير ابن كثير: ١/٥١٨.

والثاني: لعلمه بأن ما خصه به من الإباحة لا يلهيه عن طاعته، وإن ألهاهم ولا يعجزه عن القيام بحقه، وإن أعجزهم ليعلموا أنه على طاعة الله تعالى أقدر وبحقه أقوم.

فإن قيل: فقول الشافعي «ليزيده بها إن شاء الله تعالى قُرْبَةً إليه» أكان على شك فيه حتى استثنى مشيئة الله تعالى؟.

قيل ليست شكاً، وفيها لأصحابنا وجهان:

أحدهما: أنها تحقيق كقوله تعالى: ﴿ستجدني إن شاء الله من الصابرين﴾[1].

والوجه الثاني: أنها بمعنى إذا شاء الله، وتكون بمعنى «إذا» كما قال تعالى: ﴿لَتَدْخُلُنَّ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ آمِنِينَ﴾[2].

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (فمِنْ ذلك أنَّ كُلَّ مَنْ ملكَ زوجةً فليسَ عليه تَخْيِيرَها، فأمَرَ اللَّهُ رسولَهُ ﷺ أن يخيِّر نساءَهُ، فاخْتَرْنَهُ)[3].

قال الماوردي: وهذا صحيح، ذكر الشافعي ما خص به رسول الله ﷺ في مناكحه دون غيره لأمرين:

أحدهما: أنه كتاب النكاح، فأورد ما اختص بالنكاح.

والثاني: أنه منقول عنه من أحكام القرآن، فأورد منه ما قص الله تعالى عليه في القرآن.

فمن ذلك وهو ما خص به تغليظاً، أن الله تعالى أوجب عليه تخيير نسائه ولم يوجب ذلك على أحد من خلقه، فقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَراحاً جَمِيلاً، وَإِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ والدَّارَ الآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْراً عَظِيماً﴾[4].

فاختلف أهل العلم فيما خيرهن رسول الله ﷺ فيه على قولين:

أحدهما: أنه خيرهن بين اختيار الدنيا فيفارقهن، وبين اختيار الآخرة فيمسكهن، ولم يختر هو الطلاق، وهذا قول الحسن، وقتادة.

---

(١) سورة الصّافات، الآية: ١٠٢.

(٢) سورة الفتح، الآية: ٢٧.

(٣) مختصر المزني، ص: ١٦٢، والأم: ٥/ ١٤٠.

(٤) سورة الأحزاب، الآيتان: ٢٨ ـ ٢٩.

والثاني: أنه خيَّرهن بين الطلاق والمقام، وهذا قول عائشة، ومجاهد، وهو الأشبه بقول الشافعي[1].

واختلف أهل العلم في سبب هذا التخيير على خمسة أقاويل:

أحدها: أن نساءه تَغَايَرْنَ عليه، فحلف أن لا يكلمهن شهراً، فَأُمِرَ بتخييرهن وهذا قول عائشة.

والثاني: أنهن اجتمعْنَ يوماً وقلْن: نريد ما يريد النساء من الثياب والحلي وطَالَبْنَهُ وكان غير مستطيع، فأمر بتخييرهن.

والثالث: أن الله تعالى أراد امتحان قلوبهن ليرتضي رسول الله ﷺ، خير نساء خلقه فخيرهن.

والرابع: أن الله تعالى صان خلوة نبيه فخيرهن على أن لا يتزوجن بعده، فلما أجبْن إلى ذلك أمسكهن، وهذا قول مقاتل.

والخامس: أن الله تعالى خيَّر نبيه بيـن الغنـى والفقر، فنزل عليه جبريل وقال: إنَّ الله يُقرِئُكَ السلام ويقول: إنْ شِئْتَ يا محمدُ حرّاء أو ثبيراً ذهباً، فقال: صِفْ لي الدُّنيا فقال: حلالُها حِسَابٌ، وحرامُها عَذابٌ، فاختارَ الفقرَ علـى الغنـى والآخِرَةَ على الدنيا، وقال: «لأن أجوع يوماً فأصبر وأشبع يوماً فأشكر، خيرٌ من الدنيا وما فيها، اللهم أحيني مسكيناً، وأمِتْني مسكيناً، وأحشرْني في زُمْرةِ المساكين»[2]. فحينئذ أمره الله تعالى بتخيير نسائه لما

---

(١) قال الشافعي في الأم: باب ما جاء في أمر رسول الله ﷺ وأزواجه: ٥/ ١٤٠: «وكان تخيير رسول الله ﷺ إن شاء الله، كما أمره الله عز وجل، إنْ أردْن الحياة الدنيا وزينتها ولم يخترنه، وأحدث لهنّ طلاقاً، لا ليجعل الطلاق إليهنّ لقول الله عزّ وجل: ﴿فتعالين أمتعكنّ وأسرّحكنّ سراحاً جميلاً﴾، فمن ملك زوجة سوى رسول الله ﷺ، لم يكن عليه أن يخيّرها في المقام معه، أو فراقها له، وله حبسها إذا أدّى إليها ما يجب عليه لها، وإنْ كرهته، وأمر الله عزّ وجل رسوله ﷺ أن يخيّر نساءه، فخيّرهنّ رسول الله ﷺ، فاخترنه، فلم يكن الخيار إذا اخترنه طلاقاً، ولم يجب عليه أن يحدث لهنّ طلاقاً إذا اخترنه . .». وراجع الدر المنثور للسيوطي: ٦/ ٥٩٦ ـ ٥٩٧، وتفسير القرطبي: ٤/ ١٧٠، وتفسير الطبري: ٢١/ ١٠٠ ـ ١٠٢.

(٢) لم أقف عليه بهذا اللفظ. إلا أن قوله: أحبّوا المساكين، فإني سمعتُ رسول الله ﷺ يقول في دعائه: «اللّهم أحيني مسكيناً، وأمتني مسكيناً واحشرني في زمرة المساكين، فهو حديث أبي سعيد أخرجه ابن ماجة في الزهد (٤١٢٦)، وأخرجه الترمذي (٢٣٥٢) من حديث أنس وقال: حديث غريب. وفي إسناده: أبو المبارك، قال الترمذي: مجهول، وذكره ابن حبّان في الثقات. وكذلك يزيد بن سنان، قال

في طباع النساء من حبِّ الدنيا، فلما نزل عليه التّخييرُ «بدأ رسولُ الله ﷺ بعائشة، وكانَتْ أحبَّ نسائه إليه، وأحدَثهُنَّ سناً، فتلا عليها آية التخيير(١)، وقال: لا تحدثي شيئاً حتى تؤامري به أبويك، لأنه خافَ مع حبِّه لها أن تعجلَ لحداثةِ سنِّها فتختارَ الدُّنيا، فقالت: أفيكَ يا رسولَ الله أوآمرُ أبوايَ؟ قد اخترْتُ اللّهَ ورسولَهُ والدَّارَ الآخرة، وسألته أنْ يَكْتُمَ عليها اختيارها عند أزواجه، فقال ﷺ: ما كان لنبيٍّ أن يغلّ، ثم دخلَ على أزواجه، فكان إذا دخلَ على واحدةٍ منهن، تلا عليها الآية تقولُ: ما اختارَتْ عائشةُ، فيقولُ: اختارَتِ اللّهَ ورسولَه والدَّارَ الآخرة، فتقول: قد اخترْتُ اللّهَ ورسولَهُ والدَّارَ الآخرةَ، حتى دخل على فاطمة بنتِ الضَّحّاك الكِلابيّة وكانت من أزواجه، فتلا عليها الآية فقالت: قد اخترْتُ الحياةَ الدُّنيا فسرَّحها، فلما كان في زمنِ عمرَ وُجِدَتْ تلقطُ البعر. وهي تقولُ: اخترْتُ الدُّنيا على الآخرةِ، فلا دُنيا ولا آخرة(٢).

= البخاري: مقارب الحديث، وقال ابن معين: ليس بشيء، وقال ابن حجر: قد حسّنه الترمذي، لأن له شاهداً. وصحّحه الحاكم: ٤/ ٣٢٢ ووافقه الترمذي. وقال الهيثمي: ١٠/ ٢٦٢: رواه الطبراني في حديث عبادة بن الصامت، وفيه بقية. وذكره ابن الجوزي في الموضوعات: ٣/ ١٣١ وضعّفه ابن حجر في التلخيص: ٣/ ١٠٩. وأخرجه البيهقي: ٧/ ١٢ فقال: إنه إنْ صحّ طرقه، لكن فيه نظر، وإنه ﷺ سأل المسكنة التي يرجع معناها إلى الاخبات والتواضع، فكأنه سأل ربه أن يحشره مع زمرة الأغنياء المترفين، وأن لا يجعله مع الجبارين المتكبرين.

(١) هي الآية: ﴿يا أيها النبيّ قلْ لأزواجك إن كنتنّ تردْنَ الحياة الدنيا وزينتها...﴾ سورة الأحزاب، الآيتان: ٢٨ ـ ٢٩.

(٢) حديث التخيير: حديث عائشة: أخرجه البخاري في التفسير (٤٧٨٥) أن رسول الله ﷺ جاءها حين أمره الله أن يخيّر أزواجه، فبدأ بي، فقال: «إني ذاكر لكِ أمراً، فلا عليك أن تستعجلي حتى تستأمري أبويك»، وقد علم أنّ أبويَّ لم يكونا يأمراني بفراقه. قالت: ثم قال: «إن الله قال: ﴿يا أيها النبي قل لأزواجك﴾» فقلت له: ففي أي هذا أستأمرُ أبويَّ؟ فإني أريدُ الله ورسوله والدار الآخرة. وفي (٤٧٨٦) وزاد: قالت: ثم فعل أزواج رسول الله ﷺ مثل ما فعلت. وأخرجه مسلم في الطلاق (١٤٧٥) (٢٢). وأخرجه من حديث جابر (١٤٧٨) (٢٩) وفيه: ثم نزلت هذه الآية: ﴿يا أيها النبي قل لأزواجك﴾، قال: فبدأ بعائشة فقال: يا عائشة: «إني أعرضُ عليك أمراً، أحبُّ أن لا تعجلي فيه حتى تستشيري أبويك»، قالت: وما هو يا رسول الله؟ فتلا الآية، قالت: أفيكَ يا رسول الله أستشيرُ أبويَّ؟ بل أختار الله ورسوله والدار الآخرة، وأسألك أن لا تخبر أحداً من نسائك بالذي قلتُ...

أخرجه الترمذي في التفسير (٣٢٠٤)، والنسائي: ٦/ ٥٥ ـ ٥٦، وابن ماجة (٢٠٥٣) والبيهقي: ٧/ ٣٤٤ ـ ٣٤٦.

أمّا فاطمة بنت الضحّاك الكلابية فقد أخرج ابن سعد في طبقاته ٨/ ١٤٢ من حديث عمرو بن شعيب، عن =

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من تخييرهن، انتقل الكلامُ إلى حكم الاختيار. فإنْ قيل: إنه عليه السلام خيَّرهُنَّ بين اختيار الدنيا فيفارقهنَّ، وبين اختيار الآخرة فيمسِكُهُنَّ، لم يقع بهذا الاختيار طلاق حتى يطلقهن. وعليه أن يطلقهن إن اخترن الدنيا كما طلق فاطمة بنت الضحاك، لقوله تعالى: ﴿إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً﴾[1]. والسراح الجميل يحتمل ثلاث تأويلات:

أحدها: أنه الصريح من الطلاق دون الكناية، لئلا يراعى فيه النية.

والثاني: أنه أقل من ثلاث، ليمكن فيه الرجعة.

والثالث: أن يوفى فيه الصداق ويدفع فيه المتعة.

فإن طلق المختارة منهن أقل من ثلاث، فهل يقع طلاقها بائناً لا يملك فيه الرجعة أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يكون كطلاق غيره من أمته رجعياً.

والوجه الثاني: أنه يكون بائناً لا رجعة فيه لأن الله تعالى غلظ عليه في التخيير فيغلظ عليه الطلاق.

وفي تحريمهن بذلك على التأبيد وجهان:

أحدهما: لا يحرمن على التأبيد ليكون سراحاً جميلاً.

والوجه الثاني: قد حرمن على الأبد لأنهن اخترن الدنيا على الآخرة فلم يكن من أزواجه في الآخرة فهذا حكمهن إذا قيل أن تخيير النبيّ ﷺ لهن، إنما كان تخييراً بين الدنيا والآخرة.

فأما إذا قيل وهو الأظهر من القولين: إنه خيرهن بين الطلاق والمقام، فتخيير غيره من أمته يكون كناية يرجع فيه إلى نية الزوج في تخييرها، وإلى نية الزوجة في اختيارها. وقال مالك: هو صريح فإن لم تختر نفسها كان صريحاً في طلقة رجعية، وإن اختارت نفسها كان صريحاً في طلقة بائن.

= أبيه، عن جده، أن رسول الله ﷺ لمّا خيّر نساءه، اختارت قومها، ففارقها، فكانت تلتقط البعر، وتقول: أنا الشقية. وفي إسناده: محمد الواقدي: متروك.

(١) سورة الأحزاب، الآية: ٢٨.

وقال أبو حنيفة: إن لم تختر نفسها لم تطلق، وإن اختارت نفسها كان صريحاً في طلقة بائن لا يرجع فيه إلى نية واحد منهما. وللكلام عليها موضع يأتي.

وأما تخيير النبي ﷺ ففيه وجهان:

أحدهما: أنه كناية كتخيير غيره يرجع فيه إلى نيتهما.

والوجه الثاني: أنه صريح في الطلاق، ولا يراعي فيه النية لخروجه مخرج التغليظ على نبيه.

ثم هل يكون بائناً يوجب تحريم الأبد على ما ذكرنا من الوجهين؟.

ثم تخيير غيره من أمته يراعى فيه اختيار الزوجة على الفور، فإن تراخى اختيارها بطل، لأنه يجري مجرى الهبة في تعجيل قبولها على الفور. فأما تخيير النبي ﷺ لهن في هذه الحال ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يراعي فيه تعجيل الاختيار على الفور، فإن تراخى بطل حكمه لما ذكرنا من اعتباره بقبول الهبة التي هو وغيره من أمته فيها سواء.

والوجه الثاني: أن اختيارهن على التراخي لما اختصصن به من تمييز النظر لأنفسهن بين الدنيا والآخرة، ولأن النبيّ ﷺ قال لعائشة رضي الله عنها حين خيرها: «استأمري أبويكِ»[1]، فلولا أنه على التراخي لكان بالاستئمار يبطل الاختيار.

فصل: فأما آية التخيير ففيها دلائل على خمسة أحكام:

أحدها: أن الزوج إذا أعسر بنفقة زوجته فلها خيار الفسخ.

والثاني: أن المتعة تجب للمدخول بها إذا طلقت.

والثالث: جواز تعجيلها قبل الطلاق وكذلك تعجيل حقوق الأموال قبل الوجوب.

والرابع: أن السراح صريح في الطلاق.

والخامس: أن المتعة غير مقدرة شرعاً والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: قال الله تعالى: ﴿لَا يَحِلُّ لَكَ النِّسَاءُ مِنْ بَعْدُ وَلَا أَنْ تَبَدَّلَ بِهِنَّ﴾[2].

---

(١) حديث عائشة، وحديث جابر: سبق تخريجهما.

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٢.

قال الماوردي: وذلك أن الله تعالى لما أوجبَ على نبيه ﷺ تخيير نسائه، فاخترنه، حظر الله تعالى عليه طلاقهن، وحظر عليه أن يتزوج عليهن استبدالاً بهن، فخصه بتحريم طلاقهن، وتحريم التزويج عليهن، تغليظاً عليه ومكافأة لهن على صبرهن معه على ما كان فيه من ضيق وشدة. فقال سبحانه وتعالى: ﴿لاَ يَحِلُّ لَكَ النِّسَاءُ مِنْ بَعْدُ وَلاَ أَنْ تُبَدَّلَ بِهِنَّ مِنْ أَزْوَاجٍ وَلَوْ أَعْجَبَكَ حُسْنُهُنَّ﴾[(١)] ومعناه: لا يحل لك النساء من بعد نسائك اللاتي خيرتهن فاخترن الله ورسوله والدار الآخرة، وهن التسع اللاتي مات عنهن بعد العاشرة التي فارقها، فصار مقصوراً عليهن وممنوعاً من غيرهن، وإنْ أعجبه حسنهن. وقيل: إن التي أعجبه حسنها أسماء بنت عميس، بعد قتل جعفر بن أبي طالب عنها[(٢)].

فجازاهن الله تعالى في الدنيا بتحريم طلاقهن والتزويج عليهن، لأنه أحب شيء إلى النساء إذا اخترن أزواجهن بعد أن جازاهن بالجنة في الآخرة بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالدَّارَ الآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْراً عَظِيماً﴾[(٣)]، والمحسنات: هن المختارات لرسوله ﷺ، والأجر العظيم: هو الجنة ثم إن الله تعالى أكرمهن في الدنيا، وفضّلهنّ على غيرهن من النساء بتسع خصال نذكر تفصيلها من بعد مشروحة، إن شاء الله تعالى.

مسالة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (قالت عائشة: ما ماتَ رسولُ الله ﷺ حتى أحلَّ له النساء، قال: كأنها تعني اللّاتي حظرهنّ عليه)[(٤)].

قال الماوردي: قد ذكرنا ما حظره الله تعالى على نبيه ﷺ من طلاق نسائه بعد تخييرهن، وتحريم نكاح النساء عليهن. فأما تحريم طلاقهن، فقد كان باقياً عليه إلى أن قبضه الله تعالى إليه. وما كان من طلاقه لحفصة وارتجاعها[(٥)]، وإزماعه على طلاق سودة،

---

(١) سورة الأحزاب، الآية: ٥٢.

(٢) أسماء بنت عميس بن سعد بن الحارث الخثعمية، وهي أخت ميمونة أم المؤمنين. هاجرت إلى الحبشة مع جعفر، فلمّا قتل تزوجها أبو بكر، ثم تزوجت بعده علياً. راجع الإصابة: ٢٣١/٤. وجعفر بن أبي طالب، ابن عم النبي ﷺ، وأخو علي، استشهد سنة ثمان: بمؤتة.

(٣) سور الأحزاب، الآية: ٢٩.

(٤) مختصر المزني، ص: ١٦٢.

(٥) حفصة بنت عمر بن الخطاب (ت ٤٥)هـ. أم المؤمنين: كانت زوجة لحصن بن حذافة السهمي، ولمّا توفي، ذكرها عمر لأبي بكر، ثمّ لعثمان، وتزوجها رسول الله ﷺ، وطلقها تطليقة ثم ارتجعها. راجع:

حتى وهبت يومها لعائشة[1]، فإنما كان قبل التخيير.

فأما تحريم النكاح، فقد اختلف في ثبوت حكمه وفسخه، فزعم بعض أهل العراق: أن تحريم النكاح عليه كان ثابتاً إلى أن قبضه الله تعالى إليه لثلاثة أشياء:

أحدها: قوله تعالى: ﴿لَا يَحِلُّ لَكَ النِّسَاءُ مِنْ بَعْدُ﴾[2] فكان هذا على الأبد.

والثاني: أن الله تعالى جعله مقابلة على اختيارهن على طريق الجزاء، فلم يجز أن يتعقبه رجوع.

والثالث: إنه لما كان تحريم طلاقهن باقياً، وجب أن يكون تحريم النكاح عليهن باقياً لأنهما جميعاً جزاء.

وذهب الشافعي: إلى أن تحريم النكاح عليهن فسخ حين اتسعت الفتوح، فإن النبي ﷺ ما مات حتى أحل له النساء[3] وهذا قول عائشة وأبي بن كعب[4]، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَيْكَ﴾[5] الآية.

والإحلال يقتضي بعد الحظر، ولم يحظر على النبي ﷺ النكاح قبل التخيير، فدلّ على أن الإحلال والإباحة بعد حظر التخيير. فإن قيل: فهذا الإحلال إنما توجه إلى نسائه

= الإصابة: ٤/٢٢٨ ـ ٢٧٠ والحاكم: ٤/ ١٥. ثم قصة تزويج حفصة للنبي ﷺ في صحيح البخاري، في النكاح (٥١٢٢).

(١) سودة بنت زمعة بن قيس بن عبد شمس، القرشية، العامرية (ت ٥٤)هـ. وهي أول امرأة تزوجها رسول الله ﷺ بعد خديجة. وفي حديث عائشة عند البخاري في النكاح (٥٢١٢): أن سودة بنت زمعة وهبت يومها لعائشة، ومسلم في الرضاع (١٤٦٣) (٤٧) وفي (٤٨) أن سودة لمّا كبرت.
وعند الترمذي في التفسير (٣٠٤٠) من حديث ابن عباس قال: خشيت سودة أن يطلقها رسول الله ﷺ فقالت: لا تطلقني وامسكني، واجعل يومي لعائشة، ففعل، فنزلت: ﴿فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما﴾ سورة النساء، الآية: ١٢٨. وأخرجه الحاكم: ٢/ ١٨٦.

(٢) سورة الأحزاب، الآية: ٥٢.

(٣) حديث عائشة: أخرجه الترمذي في التفسير (٣٢١٦) وقال: هذا حديث حسن والنسائي ٦/ ٥٦ والشافعي في الأم: ٥/ ١٤٠ وقال: كأنها تعني اللاتي حظرن عليه.

(٤) ورد قولها في تفسير ابن كثير: ٣/ ٥٠٢. وأبي بن كعب بن قيس أبو المنذر (ت ١٩)هـ أقرأ الصحابة، شهد بدراً والمشاهد كلها. راجع الإصابة: ١/ ٣١ وتذكرة الحفاظ: ١/ ١٦.

سورة الأحزاب، الآية: ٥٠.

اللاتي خيرهن فاخترنه، وهذا قول مجاهد[(١)]. قيل: هذا لا يصح من وجهين:

أحدهما: أنهن قد كنّ حلاله قبل نزول هذه الآية، فلم تفد هذه الآية إحلالهن.

والثاني: أنه قال فيها: ﴿وَبَنَاتِ عَمِّكَ وَبَنَاتِ عَمَّاتِكَ﴾[(٢)]. ولم يكن في نسائه المخيرات أحد من بنات عمه ولا من بنات عماته[(٣)]. فإن قيل: فهذه لآية متقدمة في التلاوة على قوله تعالى: ﴿لَا يَحِلُّ لَكَ النِّسَاءُ مِنْ بَعْدُ﴾[(٤)]. ولا يجوز أن يكون المتقدم ناسخاً للمتأخر. قيل: هي وإن كانت متقدمة في التلاوة، فهي متأخرة في التنزيل، فجاز أن ينسخ بها، كما أن قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾[(٥)] ناسخ لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِم مَتَاعاً إِلَى الْحَوْلِ﴾[(٦)] وهي متقدمة في التلاوة، لكنها متأخرة في التنزيل[(٧)].

فإن قيل: فهلاّ قدمت تلاوة ما تأخر تنزيله؟ قيل: لأن جبريل كان إذا نزل على رسول الله ﷺ بآية من القرآن أمره أن يضعها في موضع كذا من سورة كذا[(٨)].

---

(١) راجع: تفسير ابن كثير: ٣/ ٥٠٢.

(٢) سورة الأحزاب، الآية: ٥٠. قال الشافعي في الأم: ١/ ١٤٠ ـ ١٤١: «وذكر بنات عمه وبنات عمّاته، وبنات خاله، وبنات خالاته، وامرأة مؤمنة وهبت نفسها للنبي ﷺ، فدل ذلك على معنيين:

أحدهما: أنه أحلّ له مع أزواجه من ليس له بزوج يوم أحل له. وذلك أنه لم يكن عنده عليه الصلاة والسلام من بنات عمه ولا بنات عمته ولا بنات خاله ولا بنات خالاته امرأة، وكان عنده عدد نسوة، وأنه أباح له في العدد ما حظر على غيره...».

(٣) قال القرطبي في تفسيره: ١٤/ ٢٠٦: ولم يكن تحته أحد من بنات عمّه ولا عمّاته، ولا من بنات خاله ولا من بنات خالاته. وقد اختلف الناس في هذه الآية: فقيل: أحلّ الله تعالى له أن يتزوج كل امرأة يؤتيها مهرها. وقيل: المراد بـ﴿أحللنا أزواجك﴾ أي الكائنات عندك، والأول أصح.

(٤) سورة الأحزاب، الآية: ٥٢.

(٥) سورة البقرة، الآية: ٢٣٤.

(٦) سورة البقرة، الآية: ٢٤٠.

(٧) وهو قول القرطبي في تفسيره: ١٤/ ٢٠٦.

(٨) حديث عثمان بن أبي العاص أخرجه أحمد: ٤/ ٢١٨ بلفظ: كنتُ عند رسول الله ﷺ جالساً، إذْ شخص ببصره ثمّ صوّبه حتى كاد أن يلزقه بالأرض، قال: ثم شخص ببصره فقال: أتاني جبريل عليه السلام فأمرني أن أضع هذه الآية بهذا الموضع من هذه السورة: ﴿إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى، وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغي يعظكم لعلكم تذكّرون﴾ سورة النحل، الآية: ٩٠. وابن كثير: ٢/ ٥٨٣ وقال: حديث حسن.

فإن قيل: فلم أمر بتقديم تلاوة ما تأخر تنزيله؟ قيل: ليسبق القارىء إلى معرفة حكمه، حتى إن لم يعرف حكم ما بعده من المنسوخ أجزأ. ويدل على نسخ الحظر أيضاً إن النبيّ ﷺ اصطفى صفية بنت حيي، من سبي خيبر سنة ثمان، فأعتقها وتزوجها[١]. وذلك بعد التخيير، وقد قالت عائشة، وأبي بن كعب: ما مات رسول الله ﷺ حتى أُبيحَ له النّساء[٢] وهما أعرف بذلك. ولأن علة الحظر الضيق والشدة، فإذا زالت زال موجبها.

وقد فتح الله تعالى على رسوله: حتى وسّع على نسائه، وأجرى لكل واحدة منهن ثمانين صاعاً من تمر، وأربعين صاعاً من شعير، سوى الهدايا والالطاف.

فأما الاستدلال بالآية، فقد ذكرنا وجه نسخها. فأما الجزاء، فهو مشروط بحال الضيق والشدة. وأما الطلاق، فالفرق بينه وبين التزويج عليهن: أن في طلاقهن قطعاً لعصمتهن، ويخرجن به أن يكن من أزواجه في الآخرة، وليس في التزويج عليهن قطع لعصمتهن، فافترقا والله أعلم.

فإذا صح نسخ الحظر بما ذكرنا، فقد اختلف أصحابنا في الإباحة: هل هي عامة في جميع النساء؟ أو مقصورة على المسميات في الآية إذا هاجرن معه؟ على وجهين:

أحدهما: أن الإباحة مقصورة على المسميات في الآية من بنات عمه وبنات عماته وبنات خاله وبنات خالاته اللاتي هاجرن معه، وهذا قول أبي بن كعب، لرواية أبي صالح، عن أم هانىء، قالت: نزلت هذه الآية فأراد النبي ﷺ أن يتزوجني، فهي عني لأني لم أهاجر[٣].

---

(١) حديث أنس: أخرجه البخاري في المغازي (٤٢٠٠) والنكاح (٥٠٨٦) و(٥١٦٩) ومسلم في النكاح (١٣٦٥) (٨٤) (٨٥)، والنسائي: ٦/ ١١٤ ـ ١١٥ والدارمي: ٢/ ١٥٤، وابن ماجة (١٩٥٧)، والترمذي (١١١٥) وأبو داود (٢٠٥٤)، وأحمد: ٣/ ١٨١ و٢٣٩ و٢٤٢ و٢٨٠ و٢٩١ والطحاوي: ٣/ ٢٠ والبغوي (٢٢٧٣) و(٢٢٧٤) والطيالسي (١١٩١) وصفية بنت حيي بن أخطب بن سعنة بن ثعلبة، كانت تحت سلام، ثم كنانة الذي قتل يوم خيبر، فصارت صفية من السبي، فأعتقها رسول الله ﷺ وتزوجها، وجعل عتقها صداقها. وراجع الإصابة: ٤/ ٣٤٦.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) حديث أم هانىء، أخرجه الترمذي في التفسير (٣٢١٤) قالت: خطبني رسول الله ﷺ فاعتذرتُ إليه، فعذرني، ثم أنزل الله تعالى: ﴿إنا أحللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن﴾ الآية قالت: فلم أكن أحلّ له لأني لم أهاجر، كنت من الطلقاء، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. والآية: ٥٠ من سورة الأحزاب. وأخرجه ابن كثير: ٣/ ٤٩٩ والطبري في تفسيره: ١٢/ ٢٠ ـ ٢١.
=

والوجه الثاني: وهو أظهرهما، أن الإباحة عامة في جميع النساء، لأنه تزوج بعدها صفية، وليست من المسميات فيها، ولأن الإباحة رفعت ما تقدمها من الحظر، فاستباح بها ما كان مستبيحاً قبل الحظر؛ ولأنه في استباحة النساء أوسع حكماً من جميع أمته، فلم يجز أن يقصر عنهم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وقال الله تعالى: ﴿وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾)[١].

قال الماوردي: وهذا مما خص به رسول الله ﷺ في النكاح تخفيفاً أن ينكح بلفظ الهبة، لأن الشافعي بدأ بذكر ما خص به في النكاح تغليظاً، وذلك ثلاثة أشياء: وجوب التخيير، وتحريم الطلاق، وتحريم الاستبدال بهن. ثم عقبه بذكر ما خص به تخفيفاً فمن ذلك: أنْ أباحه الله تعالى أن يملك نكاح الحرة بلفظ الهبة من غير بدل يذكر مع العقد ولا يجب من بعد، فيكون مخصوصاً به من بين أمته من وجهين:

أحدهما: أن يملك نكاح الحرة بلفظ الهبة، ولا يجوز ذلك لغيره من أمته.

والثاني: أن سقط عنه المهر ابتداء مع العقد وانتهاء فيما بعده، وغير من أمته يلزمه المهر فيما بعد.

وقال أبو حنيفة: إنما اختص سقوط المهر وحده وهو وأمته سواء في جواز العقد بلفظ الهبة. وقال سعيد بن المسيب: إنما خص بسقوط المهر، وليس له ولا لغيره من أمته أن يعقد بلفظ الهبة[٢]. وبه قال من الصحابة: أنس بن مالك، وذهب إليه بعض أصحاب الشافعي[٣].

= وأم هانيء بنت أبي طالب الهاشمية ابنة عم النبيّ ﷺ وأخت علي، اسمها: فاطمة، وقيل: فاختة، وقيل: هند. وقال الحاكم: ٤/ ٥٢ اسمها فاختة، وقال ابن حجر في الإصابة: ٤/ ٥٠٣ اسمها فاختة، أسلمت عام الفتح وهرب زوجها هبيرة إلى نجران، ففرّق رسول الله ﷺ بينهما، فخطبها النبيّ ﷺ فقالت: يا رسول الله، لأنت أحن إلي من سمعي وبصري.

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٢ ـ ١٦٣. والآية: ٥٠ من سورة الأحزاب.

(٢) الأثر عن ابن المسيب: أخرجه البيهقي: ٧/ ٥٥ عن سعيد بن منصور، عن سفيان، عن أيوب بن موسى، قال: بشر رجل بجارية، فقال: هبها لي، فقال: هي لك، فسئل عنها سعيد بن المسيب فقال: لا تحلّ الهبة بعد رسول الله ﷺ، ولو أصدقها سوطاً لحلّت.

(٣) راجع شرح مسلم للنووي: ٩ ـ ٢١٢.

والدليل على تخصيصه بالأمرين، وإنْ كان للكلام مع أبي حنيفة موضع يأتي، قوله تعالى: ﴿وَامْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾(١). والهبة تتميز بلفظها وسقوط المهر فيها بدلاً، وقد جعلها خالصة له من دون المؤمنين. فلم يجز لأحد من أمته أن يشاركه في واحد من الحكمين.

وفي الآية قراءتان. إحداهما: بالفتح، والقراءة الأخرى: بالكسر، وهو شرط في المستقبل.

فاختلف العلماء: هل كان عند النبي ﷺ امرأة وهبَتْ نفسها بحسب اختلافهم في هاتين القراءتين؟ فمن قرأ بالكسر وجعله شرطاً في المستقبل قال: لم يكن عنده امرأة موهوبة، وبه قال مجاهد.

ومن قرأ بالفتح وجعله خبراً عن ماضٍ قال: قد كانت عنده امرأة وهبت نفسها، واختلفوا فيها على أربعة أقاويل:

أحدها: أنها أم شريك بنت جابر بن ضباب(٢)، وكانت امرأة صالحة، وهذا قول عروة بن الزبير.

والثاني: أنها خولة بنت حكيم(٣)، وهذا قول عائشة.

والثالث: أنها ميمونة بنت الحارث(٤). وهذا قول ابن عباس.

والرابع: أنها زينب بنت خزيمة أم المساكين امرأة من الأنصار(٥). وهذا قول الشعبي.

---

(١) سورة الأحزاب، الآية: ٥٠.

(٢) أم شريك بنت جابر: قيل: اسمها غزية بنت عون بن جابر بن ضباب، وقيل: غزية بنت دوران بن عون بن عمرو، وقيل: هي غزيلة. وفي الإصابة لابن حجر: ٤/ ٤٦٦ ـ ٤٦٧ حديث هشام بن عروة، عن أبيه، عن أم شريك: أنها كانت ممن وهبت نفسها للنبيّ ﷺ وقال: أخرجه النسائي ورجاله ثقات... وفي الاستيعاب لابن عبد البر: ٤/ ٤٦٤ ـ ٤٦٧ «ذكرها بعضهم في أزواج النبيّ ﷺ، ولا يصحّ من ذلك شيء لكثرة الاضطراب».

(٣) خولة بنت حكيم بن أمية بن حارثة، ويقال: خويلة، امرأة عثمان بن مظعون، تكنّى أم شريك، وهبت نفسها للنبيّ ﷺ. راجع الإصابة: ٤/ ٢٩١.

(٤) ميمونة بنت الحارث بن حزن الهلالية، سمّاها النبيّ ﷺ ميمونة، وكان اسمها برّة، وكانت قبلُ تحت أبي رهم بن عبد العزى راجع الإصابة: ٤/ ٤١١ والمستدرك: ٤/ ٣٠ ـ ٣١.

(٥) زينب بنت خزيمة بن الحارث الهلالية، زوج النبيّ ﷺ. لقبّت أم المساكين، لأنها كانت تتصدّق عليهم =

وإذا كان عند النبي من وهبت له نفسها أو شرط له في المستقبل أن يقبل من وهبت له نفسها خالصة له من دون المؤمنين، كان دليلاً قاطعاً على من خالف أو شارك.

وروى سهل بن سعد الساعدي أن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله قد وهبْتُ نفسي مِنْكَ فقال: مالي في النِّساءِ من حاجة[1]. فلو لم يكن له أن يقبلها لأنكر عليها هبتها.

فصل: ومما خص به النبي ﷺ في مناكحه أن ينكح أيَّ عدد شاء، وإن لم يكن لغيره من أمته أن ينكح أكثر من أربع في عقد واحد، لقوله تعالى: ﴿إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ﴾[2] الآية. فأحل له من الأزواج من أتاها أجرها من غير تقدير بعدد. ثم ذكر بنات عمه وعماته، وخاله وخالاته، ولأنه من يزيد على الأربع، فدل على اختصاصه من غير عدد وقد جمع رسول الله ﷺ بين إحدى عشرة[3]. . . ومات عن تسع[4] وكان يقسم لثمان[5]. ولأنه لما كان الحر لفضله على العبد يستبيح من نكاح النساء أكثر مما يستبيحه العبد، وجب أن يكون النبي ﷺ لفضله على جميع الأمة يستبيح من النساء أكثر مما يستبيحه جميع الأمة.

= وتحنو عليهم، وتوليت في حياته عليه السلام. راجع الإصابة: ٤/ ٣١٢ والحاكم: ٤/ ٣٣ ـ ٣٤.

(١) حديث سهل بن سعد: أخرجه مالك في الموطأ: ٢/ ٥٢٦ قال: أن رسول الله ﷺ، جاءته امرأة فقالت له: يا رسول الله إني وهبتُ نفسي لك، فقامت قياماً طويلاً، فقام رجل فقال: يا رسول الله زوِّجنيها إنْ لم يكن لك حاجة بها، فقال رسول الله ﷺ: «هل عندك من شيءٍ تصدقُهُ إياها؟» فقال: أما عندي إلا إزاري هذا، فقال رسول الله ﷺ: «إن أعطيتَه إياها، جلسْت لا إزار لك، فالتمسْ شيئاً»، فقال: ما أجد، فقال: «هل معك من القرآن شيء؟» قال: نعم سورة كذا وسورة كذا لسورٍ سمّاها، فقال: «قد زوَّجتكها بما معك من القرآن» وفي رواية مسلم: «فنظر إليها رسول الله ﷺ، فصعّد النظر فيها وصوّبه، وطأطأ رأسه» وفي رواية الدارمي: «ما لي من النساء من حاجة». والحديث أخرجه البخاري في الوكالة (٢٣١٠) والنكاح (٥٠٨٧) و(٥١٢٦) و(٥١٣٢) و(٥١٣٥) (٥١٤١) و(٥١٤٩) واللباس (٥٨٧١) والتوحيد (٤٧١٧). وأخرجه مسلم في النكاح (١٤٢٥) والشافعي في مسنده: ٢/ ٧ ـ ٨ وأحمد: ٥/ ٣٣٦ وأبو داود (٢١١١) والترمذي (١١١٤) والبيهقي: ٧/ ١٤٤ و٢٣٦ والطحاوي: ٣/ ١٦ ـ ١٧. والبغوي (٢٣٠٢) والنسائي: ٦/ ١١٣ وابن ماجة (١٨٨٩) والدارمي: ٢/ ١٤٢ وابن الجارود (٧١٦).

(٢) سورة الأحزاب، الآية: ٥٠.

(٣) حديث أنس، أخرجه البيهقي: ٧/ ٥٤.

(٤) حديث ابن عباس: أخرجه النسائي في النكاح: ٦/ ٥٣ بلفظ: توفي رسول الله ﷺ وعنده تسع نسوة يصيبهنّ، إلا سودة، فإنها وهبت يومها وليلتها لعائشة. وحديث أنس: أن النبيّ ﷺ كان يطوف على نسائه في الليلة الواحدة، وله يومئذٍ تسعُ نسوة.

(٥) تقدّم الحديث: أن سودة وهبت يومها لعائشة.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «حبِّبَ إليَّ من دنياكُم النِّساء والطِّيب، وجُعِلتْ قُرَّةُ عيني في الصَّلاةِ»[١].

فاختلف أهل العلم في تحبيب النساء على قولين:

أحدهما: أنه زيادة في الابتلاء والتكليف، حتى لا يلهو بما حبب إليه من النساء عما كلف من أداء الرسالة، ولا يعجز عن تحمل أثقال النبوة، فيكون ذاك أكثر لمشاقه وأعظم لأجره.

والثاني: لتكون خلواته معهن يشاهدها من نسائه، فيزول عنه ما يرميه المشركون به من أنه ساحرٌ أو شاعر، فيكون تحبيبهن إليه على وجه اللطف به؛ وعلى القول الأول على وجه الابتلاء، وعلى أي القولين كان فهو له فضيلة، وإن كان في غيره نقصاً، وهذا مما هو مخصوص به أيضاً.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: وقال الله جل ثناؤه: ﴿يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ لَسْتُنَّ كَأَحَدٍ مِنَ النِّسَاءِ إِنِ اتَّقَيْتُنَّ﴾[٢]، فأبانهن به عليه السلام من نساء العالمين)[٣].

قال الماوردي: وهذا مما خص الله تعالى به رسوله من الكرامات، أن فضل نساءه على نساء العالمين، فقال تعالى: ﴿لَسْتُنَّ كَأَحَدٍ مِنَ النِّسَاءِ﴾ وذلك لأربعة أشياء:

أحدها: لما خصهن الله تعالى من خلوة رسوله، ونزول الوحي بينهن.

والثاني: لاصطفائهن لرسوله أزواجاً في الدنيا، وأزواجاً في الآخرة.

والثالث: لما ضاعفه لهن من ثواب الحسنات، وعقاب السيئات.

والرابع: لما جعلهن للمؤمنين أمهات محرمات، فصرن بذلك من أفضل النساء وفيه قولان:

أحدهما: من أفضل نساء زمانهن.

والثاني: أفضل النساء كلهن.

---

(١) حديث أنس، أخرجه النسائي في عشرة النساء: ٧/ ٦١ وأحمد: ١٢٨/٢ والبيهقي: ٧/ ٨٧، وصححه الحاكم على شرط مسلم: ٢/ ١٦٠ ووافقه الذهبي.

(٢) سورة الأحزاب، الآية: ٣٢.

(٣) مختصر المزني، ص: ١٦٣. والأم: ٥/ ١٤٠ ـ ١٤١.

وفي قوله: ﴿إِنِ اتَّقَيْتُنَّ﴾[1] تأويلان محتملان:

أحدهما: معناه إن استدمتن التقوى فلستن كأحد من النساء.

والثاني: معناه لستن كأحد من النساء، فكنَّ أخصهن بالتقوى.

فعلى التأويل الأول: يكون معناه معنى الشرط. وعلى التأويل الثاني: معناه معنى الأمر.

ثم قال تعالى: ﴿فَلَا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ﴾[2]، وفي خضوعهن بالقول خمسة تأويلات:

أحدها: معناه فلا ترفثن بالقول، وهو قول السدي[3].

والثاني: فلا ترخصن بالقول، وهو قول ابن عباس.

والثالث: فلا تكلمن بالرفث، وهو قول الحسن.

والرابع: وهو الكلام الذي فيه ما يهوى المريب، وهو قول الكلبي.

الخامس: هو ما يدخل من قول النساء في قلوب الرجال، وهو قول ابن زيد.

وفي قوله: ﴿فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ﴾[4] تأويلان:

أحدهما: أنه الفجور وهو قول السدي[5].

والثاني: أنه النفاق وهو قول قتادة، وكان أكثر من يصيب الحدود في زمان رسول الله ﷺ المنافقون[6].

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وخصَّهُ بأنْ جعلَهُ أولى بالمؤمنينَ من أنفسهم)[7].

قال الماوردي: وهذا صحيح لما خص الله تعالى رسوله بكرامته وفضله على جميع

---

(١) سورة الأحزاب، الآية: ٣٢.

(٢) سورة الأحزاب، الآية: ٣٢.

(٣) راجع: الدر المنثور للسيوطي: ٦/٥٩٩ وتفسير الطبري: ٢٢/٣.

(٤) سورة الأحزاب، الآية: ٣٢.

(٥) وهو قول ابن عباس والسدّي كما في الدر المنثور للسيوطي: ٦/٥٩٩.

(٦) راجع تفسير القرطبي: ١٤/١٧٧ وقول قتادة والسدّي، وعكرمة.

(٧) مختصر المزني، ص: ١٦٣.

خلقه، جعله أولى بالمؤمنين من أنفسهم فقال تعالى: ﴿النَّبِيُّ أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ﴾(١)، وقرأ عكرمة: وَهُوَ أَبُوهُمْ، وقرأ مجاهد: وَهُوَ أَبٌ لَهُمْ، وقيل: إنها قراءة أبيّ بن كعب(٢)، وفيه أربعة تأويلات:

أحدها: أنه أولى بهم فيما يراه لهم منهم بأنفسهم، وهذا قول عكرمة.

والثاني: أنه أولى بهم فيما يأمرهم به من آبائهم وأمهاتهم.

والثالث: أنه أولى بهم في دفاعهم عنه ومنعهم منه من دفاعهم عن أنفسهم، حتى لو عطش ورأى مع عطشان ماء كان أحق به منه، ولو رأوا سوءاً يصل إليه لزمهم أنْ يَقُوْهُ بأنفسهم، كما وقاه طلحة بن عبيد الله بنفسه يوم أحد(٣).

والرابع: أنه أولى بهم في قضاء ديونهم، وإسعافهم في نوايتهم.

روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «ما مِنْ مؤمنٍ إلا أنا أوْلَى النّاس به في الدنيا والآخرة إقرأوا إنْ شئْتُم: ﴿النَّبِيُّ أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ﴾ فأيُّما مؤمنٍ تركَ مالاً فلورثته، وَمَنْ تركَ ديْناً فليَأْتِني فأنا مولاه»(٤) فكان هذا مما خص الله تعالى به رسوله من الكرامات، وكان ما يفعله من قضاء الديون تفضلاً منه واجباً عليه، لأنه لو كان واجباً لقام به الأئمة بعده، إلاّ أن يكون من سهم الغارمين فيكون واجباً في سهمهم من الصدقات إن احتمله.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وأزواجَهُ أمَّهاتُهم، وقال: أمهاتُهم في

١

(١) سورة الأحزاب، الآية: ٦.

(٢) راجع الدر المنثور: ٦/ ١٦٧، وتفسير القرطبي: ١٤/ ١٢٣، وتفسير الطبري: ٢١/ ٧٧.

(٣) حديث قيس بن أبي حازم: رأيتُ يد طلحة بن عبيد الله شلاّء، وقي بها النبيّ ﷺ يوم أحد. أخرجه البخاري في المغازي (٤٠٦٣) والفضائل (٣٧٢٤) وأحمد: ١/ ١٦١ والبغوي (٣٩١٧) وابن ماجة (١٢٨) وسعيد بن منصور (٢٨٥٠).

وفي حديث أنس عند البخاري (٤٠٦٤): لما كان يوم أحد، انهزم الناس عن النبيّ ﷺ وأبو طلحة بين يدي النبيّ ﷺ مجوِّبٌ عليه بجحفة له. . .

(٤) حديث أبي هريرة: أخرجه البخاري في التفسير (٤٧٨١) والنفقات (٥٣٧١) ومسلم في الفرائض (١٦١٩) (١٤) (١٧). وأبو داود (٢٩٥٥) وابن ماجة (٢٤١٥) والبيهقي: ٦/ ٢٠١ و٣٥١، وأحمد: ٢/ ٤٥٣ و٦/ ٢٠١ والآية المذكورة: ٦ من سورة الأحزاب.

معنى دون معنى، وذلكَ أنه لا يحلُّ نكاحُهُنَّ ولا يحرُم بناتهن لو كنَّ لهنَّ، لأنَّ رسولَ الله ﷺ قد زوّج بناتَهُ وهنَّ أخواتُ المؤمنين)[١].

قال الماوردي: وهذا مما خص الله تعالى به رسوله ﷺ من الكرامة، وخصَّ به أزواجه من الفضيلة: أن جعلهن أمهات المؤمنين، فقال جل وعز: ﴿وأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُم﴾[٢] يعني: اللاتي مات عنهن، وهن تسع، فتجري عليهن أحكام الأمهات في شيئين متفق عليهما، وثالث مختلف فيه.

أحد الشيئين: تعظيم حقهن والاعتراف بفضلهن، كما يلزم تعظيم حقوق الأمهات، لقوله تعالى: ﴿لَسْتُنَّ كَأَحَدٍ مِنَ النِّسَاءِ﴾[٣].

والثاني: تحريم نكاحهن حتى لا يحللن بعد لأحد من الخلق، كما يحرم نكاح الأمهات لقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لَكُمْ أَنْ تُؤْذُوا رَسُولَ اللَّهِ وَلاَ أَنْ تَنْكِحُوا أَزْوَاجَهُ مِنْ بَعْدِهِ أَبَداً﴾[٤] وسبب نزول هذه الآية ما حكاه السّدي: أن رجلاً من قريش قال عند نزول آية الحجاب: «أيحجُبُنا رسولُ الله ﷺ عن بناتِ عمِّنا، ويتزوجُ نساءَنا من بعدِنا، لئِنْ حدث به حدث، لنتزوَّجْنَ نساءه من بعده»[٥] فنزلت هذه الآية.

ولأن حكم نكاحهن لا ينقضي بموته، لكونهن أزواجه في الآخرة، فوجب أن يكون تحريمهن بعد موته كتحريمهن في حياته.

فأما الحكم الثالث المختلف فيه، فهو المحرم: هل يصِرْن كالأمهات في المحرَّم حتى لا يحرم النظرُ إليهن؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يحرم النظر إليهن، لتحريمهن كالأمهات نسباً ورضاعاً.

والوجه الثاني: يحرم النظر إليهن حفظاً لحرمة رسوله فيهن. وقد كانت عائشة إذا أرادت دخول رجل عليها، أمرتْ أختها أسماء أن ترضِعَهُ حتى يصيرَ ابن أختها، فيصيرُ

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٣.

(٢) سورة الأحزاب، الآية: ٦.

(٣) سورة الأحزاب، الآية: ٣٢.

(٤) سورة الأحزاب، الآية: ٥٣.

(٥) راجع تفسير القرطبي: ١٤/٢٢٨ ـ ٢٢٩، وفتح القدير: ٤/٢٦٢.

محرَّماً لها[١]، ولا يجري عليهن أحكام الأمهات في النفقة والميراث ولهذا قال الشافعي رضي الله عنه: أمهاتهن في معنى دون معنى، وإذا كن أمهات المؤمنين ففي كونهن أمهات المؤمنات وجهان:

أحدهما: أنهن أمهات المؤمنين والمؤمنات تعظيماً لحقهن على الرجال والنساء.

والوجه الثاني: أن حكم التحريم مختص بالرجال دون النساء، فكن أمهات المؤمنين دون المؤمنات.

وقد روى الشعبي، عن مسروق، عن عائشة: أن امرأة قالت لها: يا أمَّهْ، فقالت: لستُ لكِ بأمّ، إنّما أنا أمُّ رجالكم[٢].

واختلف أصحابنا في وجوب العدة عليهن بوفاة رسول الله ﷺ عنهن على وجهين:

أحدهما: ليس عليهن عدة، لأنهن لما حرِّمْنَ، كان كل زمانهن عدة.

والثاني: يجب عليهن تعبداً أن يعتدُّون عدة الوفاة: أربعة أشهر وعشراً، لما في العدة من الاحداد ولزوم المنزل، ثم نفقاتهن تجب بعد وفاته في سهمه من خمس الخمس من الفيء والغنيمة، لبقاء تحريمهن. وقد أنفق عليهن أبو بكر رضي الله عنه وأجرى لهن عمر رضي الله عنه عطاء فائضاً.

فهذا حكم من مات عنهن رسول الله ﷺ من زوجاته.

فصل: فأما اللاتي فارقهُنّ رسولُ الله ﷺ في حياته، فليس لهن من حرمة التعظيم ما للمتوفى عنهن.

---

(١) الحديث أخرجه مالك في الموطأ: ٢/ ٦٠٥ ـ ٦٠٦ من طريق ابن شهاب، عن عروة أن أبا حذيفة أخبره، وكان قد تبنّى سالماً، كما تبنّى رسول الله ﷺ زيداً. . . وفي الحديث. . فأخذت بذلك عائشة فيمن كانت تحبّ أن يدخل عليها من الرجال، فكانت تأمر أختها أم كلثوم بنت أبي بكر وبنات أخيها أن يُرضِعْهن من أحبّت أن يدخل عليها من الرجال. . . أخرجه الشافعي في المسند: ٢/ ٢٢ ـ ٢٣ من طريق مالك وابن حبان (٤٢١٥) وعبد الرزاق (١٣٨٨٦).

ومن طريق الزهري، عن عروة، عن عائشة وبعضهم يزيد على بعض. البخاري في النكاح (٥٠٨٨) والنسائي: ٦/ ٦٣ ـ ٦٤ وأبو داود (٢٠٦١) والدارمي: ١/ ١٥٨ وأحمد: ٦/ ٢٥٥ و٢٧٠ ـ ٢٧١ والبيهقي: ٧/ ٤٥٩ ـ ٤٦٠.

(٢) الأثر عن عائشة، أخرجه السيوطي في الدر المنثور: ٦/ ١٦٧ والبيهقي في السنن: ٧/ ٧٠.

وفي تحريمهن على الأمة ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يحرمن سواء دخل بهن أو لم يدخل، لقوله تعالى: ﴿إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً﴾[(١)]. وإرادة الدنيا منهن: هي طلب الأزواج لهن، ولأن النبيّ ﷺ قال: «أزواجي في الدنيا أزواجي في الآخرة»[(٢)]، وليس المطلقات من أزواجه في الآخرة.

والوجه الثاني: أنهن يحرمن سواء دخل بهن أو لم يدخل بهن، تعظيماً لحرمة الرسول فيهن، لقوله ﷺ كلُّ سببٍ ونَسَبٍ ينقطعُ يومَ القيامة إلا سَبَبي ونَسَبي[(٣)]. ولحفظ الله تعالى محبة رسوله في قلوب أمته فإن العادة أن زوج المرأة يبغض من تقدمه من أزواجها، والتعرض لبغض الرسول كفر.

والوجه الثالث: وهو الأصح، أنه إن لم يكن دخل بهن لم يحرمن وإن كان دخل بهن حرمن، صيانة لخلوة الرسول ﷺ أن تبدو فإن من عادة المرأة إذا تزوجت ثانية بعد أول، أنْ تذمّ عنده الأول إن حمدته، وتحمد عنده الأول إن ذمته. ولأنه كالإجماع من جهة الصحابة، روي أن النبيّ ﷺ تزوج في سنة عشر التي مات فيها في شهر ربيع الأول قتيلة أخت الأشعث ابن قيس الكندي، ولم يدخل بها، وأوصى في مرضه أن تخيَّر إن شاءت، وأن يُضرَبَ عليها الحجابُ، وتحرَّم على المؤمنين، ويجري عليها ما يجري على أمهات

---

(١) سورة الأحزاب، الآية: ٢٨.

(٢) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وإنما أخرج ابن حبان في مناقب الصحابة (٧٠٩٠) عن عائشة، أن رسول الله ﷺ ذكر فاطمة، فتكلمتُ أنا، فقال: أما ترضَيْن أن تكوني زوجتي في الدنيا والآخرة؟ قلتُ بلى واللّٰه قال: فأنتِ زوجتي في الدنيا والآخرة، أخرجه الحاكم: ٤/ ١٠ على شرط الشيخيين، ووافقه الذهبي، وفي البخاري (٣٧٧٢) عن أبي وائل قال: لما بعث عليٌّ عمّاراً والحسنَ إلى الكوفة ليستنفرهم، خطب عمار فقال: إني لأعلم أنها زوجته في الدنيا والآخرة، ولكن الله ابتلاكم لتتّبعوه أو إيّاها. و(٧١٠٠) و(٧١٠١).

(٣) أخرج البيهقي: ٧/ ٦٤ من طريق أبي جعفر، عن أبيه علي بن الحسين قال: لمّا تزوج عمر بن الخطاب أم كلثوم بنت علي أتى مجلساً في مسجد رسول الله ﷺ بين القبر والمنبر للمهاجرين لم يكن يجلس فيه غيرهم، فدعوا له بالبركة فقال: أما والله ما دعاني إلى تزويجها إلا أني سمعتُ رسول الله ﷺ يقول... وقال البيهقي: وهو مرسل حسن. وروي من وجه آخر ابن أبي جريج، عن ابن أبي مليكة، عن حسن بن حسن، عن أبيه، عن عمر. والحاكم: ٣/ ١٤٢ وقال الذهبي: منقطع. والبيهقي أيضاً من طريق المسور بن مخرمة.

المؤمنين. وإنْ شاءَتْ أن تنكِحَ مَن شاءَتْ نكحتْ فاختارَتِ النِّكَاح، فتزوَّجها عِكْرِمةُ بنُ أبي جهل، بحضرموت، فبلغ ذلك أبا بكرٍ، فقال: لقد همَمْتُ أن أحرقَ عليهما فقال عمر: ما هي من أمّهات المؤمنين، ما دخلَ بها رسولُ الله ﷺ ولا ضربَ عليها حجاباً، فكفَّ عنها أبو بكر(١).

وروي أن الأشعث بن قيس تزوّجَ امرأةً كان رسولُ الله ﷺ تزوّجها وفارَقَها، فهمَّ عمرُ برجْمهما، حتى بلغَهُ أنَّ رسول الله ﷺ لم يدخُلْ بها، فكفَّ عنهما(٢) فصار ذلك كالإجماع.

فإن قلنا: إنها لا تحرم، لم تجب نفقتها. وإنْ قلنا: إنها محرمة، ففي وجوب نفقتها في سهم رسول الله ﷺ من الخمس وجهان:

أحدهما: تجبُ، كما تجب نفقات من مات عنهن لتحريمهن.

والوجه الثاني: لا تجب، لأنها لم تجب قبل الوفاة، فأولى أن لا تجب بعدها، ولأنها مبتوتة العصمة بالطلاق.

فصل: فأما من وطئها من إمائه فكانت باقية على ملكه إلى حين وفاته، مثل: مارية أم ابنه إبراهيم، حرِّم نكاحُها على المسلمين، وإن لم تصر كالزوجات أماً للمؤمنين لنقصها بالرق فإن كان قد باعها وملكها مشتريها، ففي تحريمها عليه وعلى جميع المسلمين وجهان، كالمطلقة.

فصل: فأما ما نقله المزني: أن رسول الله ﷺ قد زوّج بناته وهنّ أخوات المؤمنين. فإنما أراد به الشافعي: أنهن وإن كنَّ كالأمهات، فليس كالأمهات في جميع أحكامهن، إذ لو كُنَّ كذلك لما زوّج رسول الله ﷺ أحداً من بناته منهن، لأنهن أخوات المؤمنين. وقد زوّج رسول الله ﷺ أربعاً من بناته، فزوج قبل النبوة: زينب، بأبي العاص بن الربيع(٣)...

---

(١) القصة أخرجها الحاكم: ٣٨/٤ أنه ﷺ تزوج قتيلة، حين قدم عليه وفد كندة، وهو حديث أبي عبيد معمر بن المثنى. وقال ابن حجر: ٣٩٤/٤: أخرج أبو نعيم عن ابن عباس، أن النبيّ ﷺ تزوج قيلة أخت الأشعث ومات قبل أن يخيّرها.

(٢) راجع تلخيص الحبير لابن حجر: ١٣٩/٣ ـ ١٤٠ والاستيعاب لابن عبد البر: ٣٨٨/٤ ـ ٣٨٩.

(٣) أبو العاص بن الربيع القرشي، قيل: هو لقيط، وقيل: هشيم. فرّق الإسلام بينه وبين زينب، ثم أسلم فردّ رسول الله ﷺ إليه زينب بالنكاح الأول، وشهد بدراً. راجع: البداية والنهاية لابن كثير: ٣١٢/٣. وزينب أكبر بنات رسول الله ﷺ (ت ٨ هـ) راجع: الاستيعاب لابن عبد البر: ٣١١/٤ والإصابة: ٣١٢/٤.

وزوج قبل النبوة رقية بعتبة بن أبي لهب، فطلَّقها بعد النبوة، فزوّجها بعده بعثمان بن عفان رضي الله عنه بمكة، فولدت له عبد الله، وبلغ ست سنين، ثم مات هو وأمه، ورسول الله ﷺ ببدر[١]. ثم زوجه بعدها بأم كلثوم، فماتت عنده في حياة رسول الله ﷺ[٢] فقال: لو كان لنا ثالثةٌ لزوّجْنَاك[٣].

وزوّج علياً رضي الله عنه فاطمة بعد الهجرة[٤].

فلما زوج الرسول ﷺ مَن ذكرنا من بناته، علم اختصاص نسائه من حكم الأمهات بالتعظيم والتحريم، إلاَّ أن المزني نقل عن الشافعي: ما زوج بناته وهن أخوات المؤمنين فذهب أكثر أصحابنا إلى أنه غلط منه في النقل، وأن الشافعي قال في أحكام القرآن من الأم: قد زوج بناته وهن أخوات المؤمنين، فغلط في النقل. وذهب بعض أصحابنا إلى صحة نقل المزني، وأنه على معنى النفي، والتقرير، ويكون تقديره: قد زوج بناته، أو يزوجهن وهن أخوات المؤمنين.

فصل: ومما خص الله تعالى به نساء رسوله تفضلاً لهنّ وإكراماً لرسوله، أنْ ضاعف عليهن عقاب السيئات، وضاعف لهن ثواب الحسنات فقال تعالى: ﴿يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ مَنْ يَأْتِ مِنْكُنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ يُضَاعَفْ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ﴾[٥]، وفي الفاحشة المبينة ها هنا تأويلان:

أحدهما: الزنى، وهو قول السدي.

والثاني: النشوز وسوء الخلق، وهو قول ابن عباس.

---

(١) رقية: زوّجها رسول الله ﷺ عتبة بن أبي لهب، وزوّج أختها أم كلثوم عتيبة بن أبي لهب، وفارقاهما قبل أن يدخلا بهما عندما نزلت ﴿تبّت يدا أبي لهب وتب﴾ وتزوج عثمان رقية، وهاجرت معه إلى الحبشة، وتخلف عثمان في المدينة عندما سار النبيّ ﷺ إلى بدر، وتوفيت. راجع: الإصابة لابن حجر: ٤/ ٣٠٤ والاستيعاب لابن عبد البر: ٤/ ٢٩٩.

(٢) أم كلثوم، تزوجها عثمان بعد وفاة رقية، راجع الإصابة: ٤/ ٤٨٩ وقال الهيثمي: ٩/ ٨٣: وحديث أنه ﷺ ما زوج عثمان إلا بوحي من السماء، إسناده حسن.

(٣) أورده ابن الأثير في أسد الغابة ٥/ ٣١٢.

(٤) فاطمة الزهراء، أحبّ الناس إلى رسول الله ﷺ، زّوجها من علي، وبشرّها النبيّ ﷺ بأنها أول أهل بيته لحاقاً به. توفيت (١١هـ). راجع الإصابة: ٥/ ٣٧٧ وأسد الغابة: ٥/ ٥٢٠.

(٥) سورة الأحزاب، الآية: ٣٠.

وفي مضاعفة العذاب لها ضعفين قولان لأهل العلم:

أحدهما: أنه عذاب الدنيا وعذاب الآخرة، وهو قول قتادة.

والثاني: أنه عذابان في الدنيا، لعظم جرمهن بأذية رسول الله ﷺ، قال مقاتل: حدان في الدنيا غير السرقة، وقال سعيد بن جبير: فجعل عذابهن ضعفين وعلى من قذفهن الحد ضعفين[1]، ولم أر للشافعي نصاً في أحد القولين، غير أن الأشبه بظاهر كلامه: أنهما حدان في الدنيا.

فإن قيل: فما في مضاعفة الحد عليهن من تفضيلهن؟ قيل: لأنه لما كان حد العبد نصف حد الحر لنقصه عن كمال الحر، وجب أن يكون مضاعفة الحد عليهن لزيادة فضلهن على غيرهن، ثم قال تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْنُتْ مِنكُنَّ لِلَّهِ وَرَسُولِهِ﴾[2] أيّ: يطيع الله ورسوله، والقنوت: الطاعة. ﴿وَتَعْمَلْ صَالِحاً نُؤْتِهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ وَأَعْتَدْنَا لَهَا رِزْقاً كَرِيماً﴾[3] فضوعف لهن الأجر مرتين، كما ضوعف عليهن العذاب ضعفين، فصار كلا الأمرين تفضيلاً لهن وزيادة في كرامتهن. وفي أجرهن مرتين قولان لأهل العلم:

أحدهما: أن كلا الأجرين في الآخرة.

والثاني: أن أحدهما في الدنيا، والثاني في الآخرة.

ويحتمل قوله: ﴿وَأَعْتَدْنَا لَهَا رِزْقاً كَرِيماً﴾[4] تأويلين:

أحدهما: حلالاً، فقد كان رزقهن من أحل الأرزاق.

والثاني: واسعاً، فقد كان رزقهن بعد وفاته وفي أيام عمر من أوسع الأرزاق.

فصل: وصار ما خص الله تعالى به رسوله ﷺ في مناكحه مما جاء فيه نص، واتصل به نقل عشر خصال تنقسم ثلاثة أقسام. منها: ثلاث خصال تغليظ، وثلاث خصال تخفيف، وأربع خصال كرامة. فأما الثلاث التغليظ:

فإحداهن: ما أوجبه عليه من تخيير نسائه.

---

(١) راجع: تفسير الطبري: ٢٢/١٠٠ وابن كثير: ٣/٤٨١ والدر المنثور للسيوطي: ٦/٥٩٧، والقرطبي: ١٤/١٧٥.

(٢) سورة الأحزاب، الآية: ٣١.

(٣) سورة الأحزاب، الآية: ٣١.

(٤) سورة الأحزاب، الآية: ٣١.

والثانية: ما حظره عليه من طلاقهن.

والثالثة: ما منعه من الاستبدال بهن.

وأما الثلاث التخفيف:

فإحداهن: ما أباحه من النكاح من غير تقدير بعدد محصور.

والثانية: أن يملك النكاح بلفظ الهبة من غير بدل.

والثالثة: أنه إذا أعتق أمة على أن يتزوجها، كان عتقها نكاحاً عليها وصداقاً لها، لأنه أعتق صفية بنت حيي. على هذا الشرط فصارت بالعتق زوجة، وصار العتق لها صداقاً.

فأما الأربع الكرامة:

فإحداهن: أن فَضَّلَ نساءه على نساء العالمين.

والثانية: أن جعلهن أمهات المؤمنين.

والثالثة: أن حرمهن على جميع المسلمين.

والرابعة: ما ضاعفه من ثوابهن وعقابهن.

فصل: وقد مضى ما كان رسول الله ﷺ مخصوصاً به في مناكحه نصاً. فقد اختلف أصحابنا في جواز الاجتهاد فيما يجوز أن يكون مخصوصاً به في مناكحه من طريق الاجتهاد دون النص، فكان أبو علي بن خيران يمتنع من جواز الاجتهاد فيه لتقضيه، وكذلك في الإمامة، لأن الاجتهاد إنما يجوز عند الضرورة في النوازل الحادثة وذهب سائر أصحابنا: إلى جواز الاجتهاد في ذلك ليتوصل به إلى معرفة الأحكام، وإن لم تدع إليها ضرورة، كما اجتهدوا فيما لم يحدث من النوازل، فاجتهدوا في سبع مسائل أفضى بهم الاجتهاد إلى الاختلاف فيها.

فأحدها: هل كان لرسول الله ﷺ أن ينكح بغير ولي ولا شهود على وجهين:

أحدهما: لم يكن له ذلك، وهو وغيره من أمته سواء في أن لا ينكح إلا بولي وشاهدين، لقوله ﷺ: «كلُّ نِكَاحٍ لم يحضرْهُ أربعةٌ فهو سِفَاحٌ»[1]، فلم يجز أن يتوجه ذلك إلى مناكحه.

---

(١) الحديث: كل نكاح لم يحضره أربعة من الشهود فهو سفاح: الزوج، والولي، وشاهدان. كما أورده

والوجه الثاني: أنه يجوز له أن ينكح بغير ولي ولا شاهدين. لقوله تعالى: ﴿النَّبِيُّ أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ﴾[١].

ولأن النبي ﷺ خطب أم سلمة، فقالت: مالي ولي حاضر، فقال: ما يكرهني من أوليائِك حاضِرٌ ولا غائِب، ثم قال لابنها عمر وكانَ غيرَ بالغ: قُمْ زوِّجْ أمَّكَ[٢]. وقد أنكر أحمد بن حنبل على من قال: كان غير بالغ، وهو قول الأكثرين[٣]. ولأن الولي إنما يراد لالتماس الأكفاء، والرسول ﷺ أفضل الأكفاء، والشهود إنما يرادون حذر التناكر، وهذا غير موهوم في الرسول ﷺ أن يكون منه أو له، فلذلك لم يفتر نكاحه إلى ولي ولا شهود.

فصل والمسألة الثانية: إن اختلفوا هل كان له نكاح الكتابية أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لم يكن له ذلك، لقوله تعالى: ﴿وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ﴾[٤] وقوله ﷺ أزواجي في الدنيا هن أزواجي في الآخرة[٥] وهذان الأمران ينتفيان عن غير المسلمات، ولأن الله تعالى شرط فيمن أباحه لرسوله من بنات عمه وعماته الهجرة فقال: ﴿اللَّاتِي هَاجَرْنَ مَعَكَ﴾[٦] فلما حظر عليه من المسلمات من لم تهاجر، فكيف يستبيح من لم تسلم ولم تهاجر؟.

= الحاوي في باب ما على الأولياء، أخرجه الدارقطني: ٣/ ٢٢٥ وفي سنده أبو الخصيب ميسرة مجهول. وسيأتي بحث هذه المسألة في الباب التالي.

(١) سورة الأحزاب، الآية: ٦.

(٢) حديث أبي سلمة أخرجه ابن حبان (٢٩٤٩) عن حماد بن سلمة، عن ثابت البُنانيّ، عن ابن عمر بن أبي سلمة، عن أبيه، عن أم سلمة، وهو حديث طويل وفيه: «فلمّا مات أبو سلمة، بعث إليها أبو بكر يخطبها فلم تزوّجه، ثم بعث إليها عمر يخطبها فلم تزوّجه، فبعث إليها رسول الله ﷺ عمر يخطبها عليه فقالت: أخبر رسول الله ﷺ أني امرأة غيرى، وأني امرأة مصبية، وليس أحد من أوليائي شاهداً، فأتى رسول الله ﷺ فذكر ذلك له، فقال: ارجع فقل لها: أمّا قولك: إنه ليس أحد من أوليائك شاهد، فليس من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك، فقالت لابنها: يا عمر قمْ فزوّج رسول الله ﷺ، فزوَّجه...

أخرجه أحمد: ٦/ ٣١٣ و٣١٧ والبيهقي: ٧/ ١٣١ وأبو داود (٣١١٩) والحاكم: ٢/ ١٧٨ ـ ١٧٩ على شرط مسلم ووافقه الذهبي، وأم سلمة: هند بنت أبي أمية القرشية المخزومية (ت ٦٢ هـ).

(٣) راجع المغني لابن قدامة: ٧/ ١٥.

(٤) سورة الأحزاب، الآية: ٦.

(٥) سبق تخريجه.

(٦) سورة الأحزاب، الآية: ٥٠.

والوجه الثاني: يحل له نكاح الكتابية، لأن حكم رسول الله ﷺ في النكاح أوسع من حكم أمته، فلم يجز أن يحرم عليه ما يحل لأُمَّتِهِ ولأنه ﷺ استمتع بأمته ريحانة بنت عمرو بملك يمينه وكانت يهودية من سبي بني قريظة وعرض عليها الإسلام فأبت، ثم أسلمت من بعد، فلما بشّرَ بإسلامها، سرَّ به[1].

والكفر في الأمة أغلظ منه في الحرة، لأن نكاح الأمة الكتابية حرام، ونكاح الحرة الكتابية مباح، فلما لم تحرم عليه الأمة الكتابية، فأولى أن لا تحرم عليه الحرة الكتابية.

فعلى هذا، إذا نكح الكتابية فهل عليه تخييرها أن تسلم فيمسكها، أو تقيم على دينها فيفارقها؟ فيه وجهان:

أحدهما: عليه تخييرها، فإن أسلمت ثبت نكاحها، وإن أقامت على دينها فارقها ليصح أن تكون من أزواجه في الآخرة.

والوجه الثاني: ليس ذلك عليه، لأنه ما خير ريحانة وقد عرض عليها الإسلام فأبت، وأقام على الاستمتاع بها.

فأما الأمة، فلم يختلف أصحابنا أنه لم يكن له أن يتزوجها، وإن جاز أن يستمتع بها بملك يمينه، لأن نكاح الأمة مشروط بخوف العنت، وهذا غير مخوف عليه.

فصل والمسألة الثالثة: واختلفوا، هل كان له أن ينكح في إحرامه؟ فذهب أبو الطيب بن سلمة إلى جوازه خصوصاً لروايته: أنه تزوج ميمونة محرماً[2] وذهب سائر

---

(١) الحديث: أخرجه ابن سعد في طبقاته: ١٢٩/٨: «أن رسول الله ﷺ لما سبى ريحانة، عرض عليها الإسلام فأبت، وقالت: أنا على دين قومي، فقال لها: إنْ أسلمتِ أختارك رسول الله ﷺ لنفسه، فأبت، فبينما رسول الله ﷺ جالس مع أصحابه إذ سمع خفق نعلين فقال: هذا ابن سعية يبشرني بإسلام ريحانة، فجاء، فأخبره أنها أسلمت، فكان رسول الله ﷺ يطأها بالملك حتى توفي عنها، وقال ابن سعد: هي ريحانة بنت عمرو بن خنافة من بني النضير، وكانت متزوجة رجلاً من بني قريظة فنسبت إليه»، وقال ابن حجر في الإصابة: ٣٠٩/٤: «هي ريحانة بنت شمعون بن زيد»، وفي تلخيص الحبير: ١٣٧/٣: «اختلفوا في ريحانة هل كانت زوجة أو سرية».

(٢) حديث ابن عباس: أخرجه البخاري في المغازي (٤٢٥٨) و(٤٢٥٩)، والنكاح (٥١١٤) ومسلم في النكاح (١٤١٠) (٤٦) و(٤٧) والترمذي (٨٤٢) و(٨٤٣) و(٨٤٤) والنسائي: ١٩١/٥ وابن ماجة (١٩٦٥) والدارمي: ٣٧/٢ وأبو داود (١٨٤٤) والطحاوي: ٢٦٩/٢ وأحمد: ٢٢١/١ و٢٢٨ و٢٤٥، ٢٥٢ والبيهقي: ٢٣/٧.

أصحابنا: إلى أنه ممنوع من النكاح في الإحرام كغيره من أُمَّتِهِ، لأنه وإياهم في محظورات الإحرام سواء، وما نكح ميمونة إلا حلالاً[١].

والمسألة الرابعة: إن اختلفوا في التي خطبها لنكاحه، هل يلزمها إجابته؟ على وجهين:

أحدهما: يلزمها إجابته، لقوله تعالى: ﴿اسْتَجِيبُوا لِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ إِذَا دَعَاكُمْ لِمَا يُحْيِيكُمْ﴾[٢].

والوجه الثاني: لا يلزمها إجابته، كما لا يلزمها إجابة غيره، لأن عقود المناكح لا تصح إلا عن مراضاة.

والمسألة الخامسة: إن اختلفوا فيمن لم يسم لها في عقد نكاحها مهراً، هل يلزمه لها مهر المثل؟ على وجهين:

أحدهما: يلزمه كما يلزم غيره لقوله: فلها المَهْرُ بما استحلَّ مِنْ فَرْجِها[٣].

والوجه الثاني: لا يلزمه، لأن المقصود منه التوصل إلى ثواب الله تعالى.

والمسألة السادسة: إن اختلفوا فيما يملك من الطلاق، هل هو محصور بعدد، أم مرسل بغير أمد؟ على وجهين:

أحدهما: مرسل بغير أمد ولا محصور بعدد، ومهما طلق كان له بعد الطلاق أن يراجع، لأنه لما لم ينحصر عدد نسائه لم ينحصر طلاقهن.

---

(١) حديث أبي رافع: «أنّ رسول الله تزوّج ميمومة حلالاً وبنى بها حلالاً، وكنت الرسول بينهما»، أخرجه ابن حبان (٤١٣٠) والترمذي (٨٤١) والدارمي: ٢/ ٣٨ والبيهقي: ٥/ ٦٦ و٧/ ٢١١ والطحاوي: ٢/ ٢٧٠. وأحمد: ٦/ ٣٩٢ ـ ٣٩٣ والبغوي (١٩٨٢) ومالك: ١/ ٣٤٨ وعند مسلم في النكاح (١٤١١) (٤٨) عن يزيد بن الأصم، عن ميمونة: أن رسول الله ﷺ تزوجها وهو حلال قال: وكانت خالتي وخالة ابن عباس.

(٢) سورة الأنفال، الآية: ٧٤.

(٣) حديث عائشة مرفوعاً: «أيّما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، وإنْ مسَّها، فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له». أخرجه الشافعي في الأم: ٥/ ٣ وفي مسنده: ٢/ ١١ وأبو داود في النكاح (٢٠٨٣) والترمذي في النكاح (١١٠٢) وابن ماجة (١٨٧٩) والدارمي: ٢/ ١٣٧ والطحاوي: ٣/ ٧ والطيالسي (١٤٦٣) وأحمد: ٦/ ١٦٥ ـ ١٦٦ والدارقطني: ٣/ ٢٢١ و٢٢٥ ـ ٢٢٦ والبيهقي: ٧/ ١٠٥ و١١٣ و١٢٤ ـ ١٢٥ والبغوي (٢٢٦٢) والحاكم على شرط الشيخين: ٢/ ١٦٨.

والوجه الثاني: أنه محصور بالثلاث، وإن لم ينحصر عدد المنكوحات، لأن المأخوذ عليه من أسباب التحريم أغلظ.

فعلى هذا إذا استكمل طلاق واحدة منهن ثلاثاً، هل تحل له بعد زوج أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: تحل لما خص به من تحريم نسائه على غيره.

والوجه الثاني: لا تحل له أبداً لما عليه من التغليظ في أسباب التحريم.

والمسألة السابعة: إن اختلفوا في وجوب القسم عليه بين أزواجه على وجهين:

أحدهما: أنه كان واجباً عليه لأنه كان يقسم بينهن ويقول: «اللَّهُمَّ هذا قسمي فيما أملك فلا تُؤَاخِذْنِي فيما لا أملك»[1] يعني قلبه. وطيف به على نسائه محمولاً في مرضه حتى حَلَلْنَهُ في المقام عند عائشة[2]. وهمَّ بطلاق سودة فقالت: قد أحبَبْتُ أنْ أُحْشَرَ في جملة نسائِكَ وقد وهبْتُ يومي منكَ لعائشة، فكفَّ عن طلاقِها وكانَ يقسم لنسائه يوماً يوماً، ولعائشة يومين: يومها، ويوم سودة، وقيل: إن في ذلك نزل قوله تعالى: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحاً وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾[3] وهو قول السدي.

والوجه الثاني: أن القسم بينهن لم يكن واجباً، وإنما كان يتطوع به، وهو قول أبي سعيد الأصطخري وطائفة، لما في وجوبه عليه من التشاغل عن لوازم الرسالة، ولقوله تعالى: ﴿تُرْجِي مَنْ تَشَاءُ مِنْهُنَّ وَتُؤْوِي إِلَيْكَ مَنْ تَشَاءُ﴾[4]، وفيه تأويلان:

---

(١) حديث عائشة: أخرجه النسائي في عشرة النساء: ٧/ ٦٤ وابن ماجة في النكاح (١٩٧١) والدارمي: ٢/ ١٤٤ وأبو داود (٢١٣٤) وأحمد: ٦/ ١٤٤ والبيهقي: ٧/ ٧٤ و٢٩٨ والحاكم: ٢/ ١٨٦ و١٨٧ والترمذي (١١٤٠).

(٢) حديث عائشة: أخرجه ابن حبان في التاريخ (٦٦١٤) قالت: «اشتكى رسول الله ﷺ، فقال نساؤه: انظر حيثُ تحبّ أن تكون فيه فنحنُ نأتيك، قال: أو كُلكُنَّ على ذلك؟ قالت: نعم، فانتقل إلى بيت عائشة فمات فيه ﷺ». وفي مسلم والبخاري: «لمّا ثقل رسول الله ﷺ واشتدّ به وجعه، استأذن أزواجه أن يمرّض في بيتي. فأذنّ له» أخرجه مسلم (٤١٨) (٩١) و(٩٢) والبخاري (١٩٨) و(٦٦٥) و(٢٥٨٨) و(٣٠٩٩) و(٤٤٤٢) و(٥٧١٤).

(٣) تقدّم معنا حديث: أن سودة وهبت يومها لعائشة، ثم تقدّم حديث ابن عباس: أن سودة خشيت أن يطلقها رسول الله ﷺ. عند الترمذي والحاكم. وأبي داود. والآية: ١٢٨ من سورة النساء.

(٤) سورة الأحزاب: ٥١.

أحدهما: معناه: تعزل من شئت من أزواجك فلا تأتيها، وتأتي من شئت من أزواجك فلا تعزلها، وهذا قول مجاهد.

والثاني: معناه: تؤخر من شئت من أزواجك، وتضم إليك من تشاء من أزواجك، وهذا قول قتادة[١].

وقوله تعالى: ﴿وَمَنِ ابْتَغَيْتَ مِمَّنْ عَزَلْتَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكَ﴾[٢] فيه تأويلان:

أحدهما: ﴿فلا جناح عليك﴾فيمن ابتغيت وفيمن عزلت، وهو قول يحيى بن سلام.

والثاني: ﴿فلا جناح عليك﴾ فيمن عزلْتَ أن تؤويه إليك، وهو قول مجاهد. وقوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَنْ تَقَرَّ أَعْيُنُهُنَّ وَلَا يَحْزَنَّ وَيَرْضَيْنَ بِمَا آتَيْتَهُنَّ كُلُّهُنَّ﴾[٣] فيه تأويلان:

أحدهما: إذا علمن أن له ردهن إلى فراشه إذا اعتزلن قرت أعينهن، فلم يحزن، وهذا قول مجاهد.

والثاني: إذا علمن أن هذا من حكم الله تعالى فيهن قرت أعينهن، ولم يحزن، وهذا قول قتادة.

فاختلفوا، هل أرجأ رسول الله ﷺ بعد نزول هذه الآية من نسائه أحداً أم لا؟.

فالذي عليه الأكثرون: أنه لم يرج منهن أحداً، وأنه مات عن تسع وكان يقسم منهن لثمان، لأن سودة وهبت يَوْمَهَا لعائشة: وروى منصور عن أبي رزين قال: بلغ بعضُ نسوة النبي ﷺ أنه يريدُ أن يخلِّي سبيلهُنَّ فأتَيْنَهُ فَقُلْنَ: لا تخلِّي سبيلنا وأنتَ في حلٍّ مما بيننا وبينك، فارجأ منهنَّ نسوةً، وآوى نِسْوَةً فكان ممن أرجأ: ميمونة، وجويرية، وأم حبيبة، وصفية، وسودة. وكان يقسمُ بينهنَّ من نفسه وماله ما شاء، وكان ممّن آوى عائشة، وأم سلمة، وزينب. . . وحفصة، فكان قسمه من نفسه وماله فيهن سواء[٤]. والله أعلم.

فصل: وإذا قد مضى ما خص به رسول الله ﷺ في مناكحه نصاً واجتهاداً، وما خص به

---

(١) راجع تفسير القرطبي: ١٤/ ٢١٥ والطبري: ١٩/٢٢.

(٢) سورة الأحزاب، الآية: ٥١.

(٣) سورة الأحزاب، الآية: ٥١.

(٤) راجع الدر المنثور للسيوطي: ٦/ ٦٣٥ وتفسير الطبري: ١٨/٢٢.

أزواجه تفضلاً وحكماً، فلا بد من ذكر أزواجه ليعلم من تَمَيَّزَ من نساء الأمة بهذه الأحكام المخصوصة، وهن ثلاث وعشرون امرأة، منهن: ست متن قبله، وتسع مات قبلهن، وثمان فارقهن. فالست اللاتي متن قبله:

فإحداهن: خديجة بنت خويلد، وهي أول امرأة تزوجها قبل النبوة عند مرجعه من الشام، وهي أم بنيه وبناته، إلا إبراهيم فإنه من مارية القبطية كان المقوقس، أهداها إليه، ولم يتزوج على خديجة أحداً حتى ماتت[1].

والثانية: زينب بنت خزيمة الهلالية أم المساكين دخل بها وأقامت عنده شهوراً ثم ماتت، وكانت أخت ميمونة من أمها.

والثالثة: سناء بنت الصلت، ماتت قبل أن تصل إليه[1].

والرابعة: شراف أخت دحية الكلبي، ماتت قبل أن تصل إليه[2].

والخامسة: خولة بنت الهذيل، ماتت قبل أن تصل إليه[3].

والسادسة: خولة بنت حكيم السلمية، ماتت قبل دخوله بها، وقيل إنها هي التي وهبت نفسها للنبي ﷺ، فهؤلاء ست متن قبله دخل منهن باثنتين ولم يدخل بأربع.

وأما التسع اللاتي مات عنهن:

فإحداهن: عائشة بنت أبي بكر، وهي أول امرأة تزوجها بعد موت خديجة ولم يتزوج بكراً غيرها، عقد عليها بمكة وهي ابنة سبع، ودخل بها بالمدينة وهي ابنة تسع، ومات عنها وهي ابنة ثمان عشرة[4].

---

(١) خديجة بنت خويلد بن أسد بن عبد العزي القرشية. تزوجها رسول الله ﷺ قبل البعثة بخمس عشرة سنة. راجع الإصابة: ٤/ ٢٨٢ والاستيعاب لابن عبد البر: ٤/ ٢٧٩ ـ ٢٨٨.

(١) هي سناء بنت أسماء بنت الصلت الأنصارية. أنظر ترجمتها في الحاكم: ٤/ ٣٥ والإصابة: ٤/ ٣٣٥.

(٢) شراف بنت خليفة أخت دحية الكلبي. أنظر ترجمتها في الإصابة: ٤/ ٣٤٠.

(٣) خولة بنت الهذيل بن هبيرة التغلبية. انظر الإصابة: ٤/ ٢٩٣.

(٤) حديث عائشة: أخرجه البخاري في المناقب (٣٨٩٤) و(٣٨٩٥) وفي النكاح (٥١٣٣) و(٥١٣٤) و(٥١٥٦) و(٥١٥٨) و(٥١٦٠) ومسلم في النكاح (١٤٢٢) (٦٩) (٧٠) (٧١) وأبو داود (٤٩٣٣) و(٤٩٣٤) و(٤٩٣٦) والدارمي: ٢/ ١٥٩ والنسائي: ٦/ ٨٢ ـ ٨٣ وابن ماجة (١٨٧٦) والبيهقي: ٧/ ١١٤ و٢٣٥ والطيالسي (١٤٥٤).

والثانية: سودة بنت زمعة، تزوجها بعد عائشة وكانت أم خمس صبية، فلما عرف أخوها عبد بن زمعة، أنها تزوجت رسول الله ﷺ حثا التراب على رأسه، فلما أسلم قال: إني لسفيهٌ لما حثوْتُ التراب على رأسي حين تزوج رسول الله ﷺ أختي[١].

والثالثة: بنت عمر، تزوجها بعد سودة، وكان عثمان قد خطبها، فقال النبيّ ﷺ: ألا أدلُّكَ على مَنْ هو خيرٌ لها من عثمانَ وأدلّ عثمان على من هو خير له منها؟ فتزوّجها وزوّجَ بنتَ أم كلثوم بعثمان[٢].

والرابعة: أم حبيبة، بنت أبي سفيان[٣]، وقيل: إنه نزل في تزويجها: ﴿عَسَى ٱللَّهُ أَن يَجْعَلَ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَ ٱلَّذِينَ عَادَيْتُم مِّنْهُم مَّوَدَّةً﴾[٤]. ولما تنازع أزواج رسول الله ﷺ في حضانة ابنه إبراهيم، قال: «ادْفَعُوه إلى أمّ حبيبة فإنّها أقربُهُنَّ رحماً»[٥].

والخامسة: أم سلمة، بنت أبي أمية[٦].

والسادسة: زينب بنت جحش[٧]، نزل عنها زيد بن حارثة، فتزوجها رسول الله ﷺ، وفيها نزل قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَراً زَوَّجْنَاكَهَا﴾[٨] وكانت بنت عمة رسول الله ﷺ وأمها أميمة بنت عبد المطلب.

والسابعة: ميمونة بنت الحارث[٩]، وكان بالمدينة فوكل أبا رافع في تزويجه بها، وهي بمكة، ودخل بها عام الفتح بسرف، وقضى الله أن ماتت بعد ذلك بسرف.

---

(١) قال ابن حجر في الإصابة: ٣/ ٤٣٣، أخرجه ابن أبي حاتم بإسناد حسن.

(٢) حفصة بنت عمر. وتقدّم الحديث.

(٣) أم حبيبة: رملة بنت أبي سفيان. زوجها النجاشي بأرض الحبشة للنبيّ ﷺ وأصدقها عن النبيّ ﷺ أربعمائة دينار. راجع الإصابة: ٤/ ٣٠٥ وأسد الغابة: ٥/ ٥٥٧.

(٤) سورة الممتحنة: ٧.

(٥) لم أقف على هذا الحديث في كتب السنن والآثار.

(٦) أم سلمة هند بنت حذيفة بن المغيرة المخزومي، تقدّم التعريف بها.

(٧) زينب بنت جحش بن رئاب الأسدية، تزوجها النبيّ ﷺ سنة ثلاث، وقيل: سنة خمس، وكانت قبله عند زيد بن حارثة توفيت سنة (٢٠) هـ. راجع الإصابة: ٤/ ٣١٣ ـ ٤١٤ والاستيعاب: ٤/ ٣١٣.

(٨) سورة الأحزاب، الآية: ٣٧.

(٩) سبق التعريف بها. وأبو رافع هو مولى رسول الله ﷺ.

والثامنة: جويرية بنت الحارث[١]، من بني المصطلق من خزاعة، سباها رسول الله ﷺ في غزاة المريسيع التي هدم فيها مناة، ثم أعتقها وتزوجها، قال الشعبي: وجعل عتقها صداقها[٢]. فلما فعل ذلك رسول الله ﷺ، ما بقي أحد من المسلمين عنده عبد من قومها إلا أعتقه لمكانتها، فقيل: إنها كانت أبرك امرأة على قومها[٣].

والتاسعة: صفية بنت حيي بن أخطب، اصطفاها رسول الله ﷺ لنفسه من سبي بني النضير ثم أعتقها وتزوجها وجعل عتقها صداقها. وهي التي أهدت إليها زينب بنت الحارث اليهودية شاةً مسمومة فأكل منها رسول الله ﷺ. فهؤلاء تسع مات عنهن، وكان يقسم لثمان منهن. وأما الثمان اللاتي فارقهن في حياته:

فإحداهن: أسماء بنت النعمان النكدية دخل عليها فقال لها: تَعَالي، فقالت: إنا من قوم نُؤْتَى ولا نأتي، فقام إليها فأخذَ بيدها فقالت: مِلِكَةٌ تحبُّ سُوقَة، فغضب وقال: لو رضِيَكِ اللّهُ لي لأمْسَكْتُكِ، وطلَّقها[٤].

والثانية: ليلى بنت الخطيم الأوسية[٥]، أتَتْ رسولَ الله ﷺ وهو غافِلٌ، فضربَتْ ظهرَهُ فقال: مَنْ هذا؟ أكلَهُ الأسودُ فقالت: أنا ليلى، قد جِئْتُكَ أعرضُ نفسي عليكَ، فقال: قد قبِلْتُ، ثم عَلِمَتْ كثرَ ضرائِرِها، فاستقالَتْهُ فأقالَهَا، فدخَلَتْ حائِطاً بالمدينة، فأكلها الذِّئب[٦].

والثالثة: عمير بنت يزيد الكلابية، دخل بها ثم رآها تتطلَّعُ، فطلقها[٧].

---

(١) جويرية بنت الحارث بن أبي ضرار الخزاعية. سباها النبيّ ﷺ يوم المريسع سنة (٥) وكانت قبله تحت مسافع بن صفوان. وقد وقعت في سهم ثابت بن قيس. راجع الإصابة: ٤/ ٢٦٥ والمستدرك: ٤/ ٢٥ ـ ٢٦.

(٢) ذكره الهيثمي: ٩/ ٢٥ وقال: رواه الطبراني مرسلاً.

(٣) أخرجه الحاكم: ٤/ ٢٦ ـ ٢٧ من حديث عائشة وراجع الإصابة: ٤/ ٢٦٥.

(٤) في طبقات ابن سعد: ٨/ ١٢٣: أسماء بنت النعمان بن أبي الجون بن الأسود بن الحارث الكندي، وقال ابن حجر في الإصابة: ٤/ ٢٣٣ والاختلاف في الكندية كثير جداً.

(٥) ليلى بنت الخطيم بن عدي، بن عمرو الأنصاري الأوسية راجع الإصابة: ٤٠٠ ـ ٤٠١ وطبقات ابن سعد: ٨/ ١٥٠.

(٦) القصة أخرجها ابن سعد في طبقاته: ٨/ ١٥٠ ـ ١٥١. وراجع الإصابة: ٤/ ٤٠٠ ـ ٤٠١.

(٧) ابن سعد في الطبقات: ٨/ ١٤٢.

والرابعة: العالية بنت ظبيان، دخل بها، ومكثَتْ عنده ما شاء الله، ثم طلقها[١].

والخامسة: فاطمةُ بنت الضَّحاك الكِلابية لما خَيَّرَ رسول الله ﷺ نساءه اختارَتْ فراقَهُ ففارقَها بعد دخوله بها[٢].

والسادسة: قتيلة بنت قيس أخت الأشعث[٣]، وصى رسول الله ﷺ بتخييرها في مرضه، فاختارت فراقَه، ففارقَها قبل الدخول.

والسابعة: مليكة بنت كعب الليثية، وكانت مذكورة بالجمال، فدسَّت إليها عائشة فقالت: ألا تستحِين؟ تتزوّجين قاتِلَ أبيكِ يومَ الفتح، فاستعيذي منهُ، فإنه يُعِيذُكِ. فدخلَ عليها رسولُ الله ﷺ فقالت: أعوذُ باللّهِ منكَ، فأعرَضَ عنها وقالت: قد أعاذَكِ اللّهُ مِنّي وطلّقَها[٤].

والثانية: امرأة من عفان تزوّجَها ورأى بكشحِها بياضاً لطخاً فقال: «ضمّي إليك ثيابَكِ والحَقِيَ بأهلك»[٥].

فهؤلاء ثمان فارقهن في حياته دخل منهن بثلاث والله أعلم.

فصل: وإذ قد مضى ما خصَّ به رسول الله ﷺ في مناكحه وذكر أزواجه، فالذي يجب أن نذكر بعده ما خصَّ به في غير مناكحه.

والذي خَصَّ به رسول الله ﷺ في غير مناكِحه ينقسمُ خمسة أقسام:

أحدها: ما خص به من فرض.

---

(١) قال ابن سعد: ٨/ ١٤١: هي العالية بنت ظبيان بن عمرو بن عوف بن كعب بن أبي بكر بن كلاب. والمستدرك: ٤/ ٣٤ والإصابة: ٤/ ٣٥٩.

(٢) تقدّم إنه لم يثبت أن امرأةً، اختارت الدنيا على النبيّ ﷺ والآخرة.

(٣) تقدّم التعريف بها.

(٤) أخرج ابن سعد في الطبقات هذه القصة: ٨/ ١٤٨. وراجع الإصابة: ٤/ ٤١٠، وأخرج البخاري في الطلاق (٥٢٥٤) من حديث عائشة: أن ابنة الجون لمّا أُدخلت على رسول الله ﷺ ودنا منها قالت: أعوذُ بالله منك، فقال: «لقد عُذْتِ بعظيم، إلحقي بأهلك».

(٥) حديث ابن عمر: أخرجه البيهقي: ٧/ ٢١٤ قال: تزوج رسول الله ﷺ امرأة من بني غفار، فلما دخلت عليه ورأى بكشحها بياضاً وضحاً فردّها وقال: «دلّستم عليّ». وأخرجه الحاكم: ٤/ ٣٤ من طريق زيد بن كعب بن عجرة، عن أبيه، بلفظ: «إلبسي ثيابك والحقي بأهلك»، وأمر لها بالصداق. وعند أحمد: ٣/ ٤٩٣: «خذي عليك ثيابك»، ولم يأخذ ممّا أتاها شيئاً.

والثاني: ما خص به من حظر.

والثالث: ما خص به من إباحة.

والرابع: ما خص به من معونة.

والخامس: ما خص به من كرامة.

فأما ما خص به من فرض فثمانية خصال، منها قوله: «فُرِضَ عليَّ الوِتْرُ ولم يُفْرَضْ عليكم»(١)، ومنها قوله: «فُرِضَ عليَّ السِّواكُ ولم يُفْرَضْ عليكم»(٢)، ومنها: «فُرِضَتْ عليَّ الأضحيَةُ ولم تُفْرَضْ عليكم»(٣)، ومنها أن فرضه في الصلاة كامل لا خلل فيه. ومنها: ما اختلف أصحابنا فيه من قيام الليل، هل كان مخصوصاً به؟ على وجهين(٤).

ومنها: أنه إذا لَبِسَ لأمةَ سلاحه، فليسَ له الرُّجوعُ قبل لقاء عدوه(٥).

ومنها: أنه إذا بارز في الحرب لم ينكفِ قبل قتله.

ومنها: أن لا يفر من الزحف ويقف بإزاء عدوه وإن كثر.

فصل: فأمَّا ما خص به من حظر فخمس خصال:

منها: قولُ الشعر وروايتُه لقوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْنَاهُ الشِّعْرَ وَمَا يَنبَغِي لَهُ﴾(٦).

ومنها: الكتابةُ والقراءة لقوله تعالى: ﴿وَمَا كُنتَ تَتْلُو مِن قَبْلِهِ مِن كِتَابٍ وَلاَ تَخُطُّهُ بِيَمِينِكَ إِذاً لارْتَابَ الْمُبْطِلُونَ﴾(٧).

ومنها: أنه ليس له خائنة الأعين لأنه لمَّا أمر عام الفتح بقتلِ ستَّةٍ وإنْ تعلَّقُوا بأستار الكعبة، أتاه عثمانُ بأحدهم وكانَ قريبَهُ ليأخُذَ له أماناً منه، فأعرضَ عنه، ثم عاوَدَه فأمَّنَهُ،

---

(١) و(٢) و(٣) سبقوا في الطهارة والصلاة وإسنادهم ضعيف من حديث عكرمة مرسلاً وابن عباس، وعائشة.

(٤) قال النووي في الروضة: ٥/٣٤٦ ـ ٣٤٧: وجمهور الأصحاب، على أن التهجد كان واجباً ﷺ. قال القفّال: وهو أن يصليّ في الليل وإن قلّ. وحكى أبو حامد: أن الشافعي نصّ على أنه نسخ وجوبه في حقه ﷺ، وهذا هو الأصحّ أو الصحيح. وفي صحيح مسلم عن عائشة ما يدل عليه.

(٥) حديث جابر: ليس لنبي إذا لبس لأمة حربه أن يضعها حتى يقاتل. أخرجه أحمد: ٣/٣٥١. واللأمة: الدرع. قال النووي في الروضة: ٥/٣٥٠، وقيل: كان مكروهاً لا محرماً، والصحيح الأول. وقيل: بناء عليه، أنه كان لا يبتدىء تطوعاً إلا لزمه إتمامه.

(٦) سورة يس، الآية: ٦٩.

(٧) سورة العنكبوت، الآية: ٤٨.

فلمَّا ولّى قالَ لمَنْ حضَرَهُ مِنْ أصحابه: هلاَّ قتلتُمُوه فقالوا: هلا أومَأْتَ إلينا بعينِكَ؟ فقال: وما كانَ لنبيٍّ أن تكونَ لهُ خائنَةُ الأَعْيُنِ(١).

ومنها: منعه من الصدقات(٢).

ومنها: منعُه من أكل ما تُؤذي راحتُهُ من البَقُول لهبوطِ الوحيِ عليه(٣).

فصل: فأما ما خصَّ به من إباحةٍ، فأربعةُ خِصَالٍ:

منها: الوصالُ بينَ صوم اليومَيْنِ بالإمساكِ، لأنه لمّا نهى عن الوِصَالِ وواصل قال: «إني لسْتُ مِثْلَكُم إنِّي أظلُّ عند ربي يُطعِمُني ويسقيني»(٤).

ومنها: الصَّفيّ يصطفي من المغانمِ ما شاء(٥).

ومنها: أن يُحيي نفسَهُ بمالِ غيرِه ونفسِه، وإنْ كانَ على مثْلِ ضرورته(٦).

ومنها: أنه خُصَّ بحِمَى المَوَاتِ في أحدِ القَوليْنِ.

فصل: فأما مَا خُصَّ به من معونةٍ، فسبعُ خِصَالٍ:

---

(١) حديث مصعب بن سعد، عن أبيه، أخرجه النسائي في كتاب تحريم الدم: ٧/ ١٠٥ ـ ١٠٦ قال: لمّا كان يوم فتح مكة، أمّن رسول الله ﷺ الناس، إلا أربعة نفر وامرأتين وقال: اقتلوهم وإن وجدتموهم متعلقين بأستار الكعبة، عكرمة بن أبي جهل، وعبد الله بن خطل، ومقيس بن صُبابة، وعبد الله بن سعد بن أبي السَّرْح، وأبو داود (٢٦٨٣) و(٢٦٨٤) وفيه: وقينتين كانتا لمقيس، فقتلت إحداهما، وأفلتت الأخرى فأسلمت. وراجع الإصابة: ٢/ ٣١٦ ـ ٣١٧.

(٣) حديث أبي هريرة: أنَّ النبيَّ ﷺ أُتي بتمرٍ من تمر الصدقة، فتناول الحسن بن علي تمرةً فلاكها، فقال النبيّ ﷺ: «كِخْ كِخْ إنّا لا تحلّ لنا الصدقة». وفي رواية: «أما علِمْتَ أنا لا تحلُّ لنا الصدقة». أخرجه البخاري في الزكاة (١٤٨٥) و(١٤٩) ومسلم في الزكاة (١٠٦٩) وأحمد: ٢/ ٢٤٤ و٢٧٦ والدارمي: ١/ ٣٨٦ والبيهقي: ٧/ ٢٩.

(٤) حديث جابر: أخرجه البخاري في الأذان مرفوعاً: «من أكل ثوماً أو بصلاً فليعتزلنا وليقعد في بيته»، وأن النبيّ ﷺ أُتي بقدْر فيه خَضِراتٌ من بقول، فوجد لها ريحاً، فسأل فأخبر بما فيها من البقول، فقال: قرّبوها، فلما رآه كره أكلها قال: «كلْ، فإني أناجي من لا تناجي». وتقدّمت المسألة في أبواب الصلاة.

(٥) حديث أبي هريرة: أخرجه البخاري في الصوم (١٩٦٥) والاعتصام (٧٢٩٩) ومسلم في الصيام (١١٠٣) (٥٧) والدارمي: ٢/ ٥١٦ وأحمد: ٢/ ٢٦١ والبغوي (١٧٣٦) (١٧٣٨) وابن خزيمة (٢٠٧١) و(٢٠٧٢).

(٦) قال النووي في الروضة: ٥/ ٣٥١: «ومنه اصطفاء ما يختاره من الغنيمة قبل القسمة من جارية وغيرها».

(٧) قال ابن حجر في التلخيص الحبير: ٣/ ١٣٥: لم أر وقوع شيء من تلك الأحاديث صريحاً.

منها: ما جعله الله له من خُمُسِ الخمس من الفيء والغنائم[٢].

ومنها: ما ملكه الله تعالى إياه من أربعة أخماس الفيء[١].

ومنها: أن لا يقرّه الله تعالى على خطأ.

ومنها: ما أمدّه به من ملائكته[٢].

ومنها: ما تكفل به من عصمته في قوله: ﴿وَاللَّهُ يَعْصِمُكَ مِنَ النَّاسِ﴾[١].

ومنها: ما وعده من نصرته[٢].

ومنها: ما ألقاه في قلوب المشركين من رهبته حتى قال: «نصرت بالرعب»[٣].

فصل: وأما ما خُصَّ به من كَرامة، فعشرُ خِصَال:

منها: أنْ بعثَهُ إلى كافة الخَلْق[٤].

ومنها: أن جعله خاتم الأنبياء[٥].

ومنها: أن جعله أولى بالمؤمنين من أنفسهم[٦].

ومنها: أن جعل أمته خير الأمم[١٠].

ومنها: أن تنام عينه ولا ينام قلبه[١١].

---

(١) راجع الروضة للنووي: ٥/٣٥١.

(٢) راجع الروضة للنووي: ٥/٣٥١ ومنها: خمس خمس الفيء والغنيمة، وأربعة أخماس الفيء، وتفسير القرطبي: ٨/٣.

(٣) إشارة إلى الآية: ﴿إذْ تستغيثون ربكم فاستجاب لكم أني مُمِدُّكم بألفٍ من الملائكة مردفين وما جعله الله إلا بشرى لكم﴾ سورة الأنفال، الآية: ٩.

(٤) سورة المائدة، الآية: ٧٠.

(٥) إشارة إلى الآية: ﴿وينصرك الله نصراً عزيزاً﴾.

(٦) سبق تخريجه.

(٧) إشارة إلى الآية: ﴿وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيراً ونذيراً﴾ سورة سبأ، الآية: ٢٨.

(٨) إشارة إلى الآية: ﴿ولكنْ رسول الله وخاتم النبيين﴾ سورة الأحزاب، الآية: ٤٠.

(٩) إشارة إلى الآية: ﴿النبيّ أولى بالمؤمنين من أنفسهم﴾ سورة الأحزاب، الآية: ٦.

(١٠) إشارة إلى الآية: ﴿كنتم خير أمة أخرجت للناس﴾.

(١١) حديث عائشة: تقدم في الوتر. أخرجه مالك: ١/١٢٠ والبخاري (١١٤٧) و(٢٠١٣) و(٣٥٦٩) ومسلم

ومنها: أن يرى من ورائه كما يرى من أمامه[١].

ومنها: أن يبلغ السلام بعد الموت[٢].

ومنها: أنه أول من تنشق عنه الأرض[٣].

ومنها: أنه أول من يدخل الجنة[٤].

ومنها: أنه يشهد لجميع النبيين بالأداء يوم القيامة.

= (٧٣٨) (١٢٥) وأبو داود (١٣٤١) والنسائي: ٣/ ٢٣٤ والترمذي (٤٣٩) وأحمد: ٦/ ٣٦ و٧٣ والطحاوي: ١/ ٢٨٢ وابن خزيمة (١١٦٦) والبغوي (٨٩٩).

(١) حديث أنس المرفوع: «أقيموا صفوفكم وتراصّوا، فإني أراكم من وراء ظهري»، سبق تخريجه في الصلاة. وهو عند البخاري (٧١٨) و(٧١٩) ومسلم (١٢٥) (٤٣٤) والشافعي: ١/ ١٣٨ وأحمد: ٣/ ١٠٣، ٢٦٣ والبيهقي: ٢/ ٢١ والبغوي (٨٠٧) والنسائي: ٢/ ٩١.

(٢) حديث أبي هريرة مرفوعاً: «ما من أحد يسلم عليَّ إلاّ ردّ الله عليَّ روحي حتى أردّ عليه السلام» تقدّم في الصلاة عند أبي داود وغيره.

(٣) حديث واثلة بن الأسقع: أخرجه مسلم في الفضائل (٢٢٧٦) والترمذي (٣٦٠٥) و(٣٦٠٦) وأحمد: ٤/ ١٠٧.

(٤) حديث أنس: «أنا أول الناس يشفع في الجنة، وأنا أكثر الأنبياء تبعاً»، أخرجه مسلم في الإيمان (٣٣٠) (١٩٦) و(٣٣٢)، «أنا أول شفيع في الجنة».

باب ما جاء في الترغيب في النكاح[(١)]

قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وأحبُّ للرّجُلِ والمرأةِ أن يتزوَّجا إذا تاقَتْ أنفُسُها إليه، لأنَّ اللَّهَ تعالى أمرَ به ورَضِيَهُ وندَبَ إليه) [(٢)] الفصل.

قال الماوردي: وهذا كما قال النكاح مباح وليس بواجب، وقال داود: النكاح واجب. استدلالاً بقوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾[(٣)]. فهذا أمر وبقوله ﷺ: «تناكحُوا تكثروا»[(٤)]، قال: ولأنه إجماع بقول صحابيين لم يظهر خلافهما:

أحدهما: قول عمر لأبي الزوائد: ما يمنَعُكَ من النكاح إلا عجزٌ أو فُجور[(٥)].

والثاني: قول معاذ في مرضه زوِّجُوني لا ألقى اللَّهَ عزباً[(٦)].

ولأن في النكاح من تحصين النفس مثل ما في الغذاء فلما لزم تحصينها بالغذاء لزم تحصينها بالنكاح، ولأنه لما لزم إعفاف أبيه كان إعفاف نفسه أولى.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾[(٧)].

ومنه دليلان:

أحدهما: أنه علقه بطيب النفس ولو كان واجباً لزم بكل حال.

---

(١) في مختصر المزني: الترغيب في النكاح وغيره من الجامع. ومن كتاب النكاح جديد وقديم. ومن الإملاء على مسائل مالك. ص١٦٣.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٦٣.

(٣) سورة النساء، الآية: ٣.

(٤) تقدّم تخريجه في أول الكتاب.

(٥) الأثر عن عمر: أخرجه ابن أبي شيبة باب في التزويج من كان يأمر به ويحث عليه. ٣/ ٢٧١ وعبد الرزاق (١٠٣٨٤) وسعيد بن منصور (٤٩١).

(٦) الأثر عن معاذ: أخرجه ابن أبي شيبة: ٣/ ٢٧١ وعن شداد بن أوس أيضاً: ٣/ ٢٧٠.

(٧) سورة النساء، الآية: ٣.

والثاني: قوله: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾[١] فخيره بين النكاح وملك اليمين والتخيير بين أمرين يقتضي تساوي حكمهما.

فلما كان ملك اليمين ليس بواجب كان النكاح بمثابته وقال تعالى: ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنكُمْ وَأَن تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَّكُمْ﴾[٢]، فأباح نكاح الأمة لمن خشي الزنى، وجعل الصبر خيراً له، ولو كان واجباً لكان الصبر شراً له.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: يأتي على النَّاس زمان يكونُ خيارُ أُمَّتِي عزَّابَها[٣]، وروي عنه ﷺ أنه قال: «خيارُكُم بعد المائتيْنِ كلُّ خفيفِ حاذٍ» قيل: وما الخفيفُ الحاذُّ؟ قال: «الذي لا أَهْلَ له ولا ولد»[٤].

وروى عنه ﷺ أنه قال: «الصَّبْرُ عن النِّساء خيرٌ من الصَّبْرِ عليهن، والصَّبْرُ عليهنّ خيرٌ من الصَّبْر على النَّارِ»[٥].

وروي عنه ﷺ أنه قال: «مسكينٌ مسكينٌ رجلٌ لا امرأة له، ومسكينة مسكينة، امرأة لا رَجُلَ لها»[٦]. فأخرج ذلك مخرج الرحمة وتارك الواجب لا يرحم ولأنه لما لم يجب مقصود النكاح وهو الوطء، كان النكاح بأن لا يجب أولى. ولأنه ليس في النكاح أكثر من نيل شهوة وإدراك لذة، وليس ذلك بواجب كسائر الشهوات. ولأنه لو وجب عليه قطع، شهوته بالنكاح، لوجب قطعها عند العجز عنه بما قام مقامه من دواء وعلاج، ولأن ما دعت إليه الشهوات خارج من جملة الواجبات، لأن من صفات الواجبات تكليف الإنسان حملها وتحمل الأثقال لها فأما الآية[٧]، فقد جعلناها دليلاً. وأما الخبر، فهو أمر بالنكاح للمكاثرة بالأولاد لأنه قال: «تناكَحُوا تَكْثَرُوا فإني أُباهي بكُم الأُمَمَ حتى بالسَّقْط»[٨] وليست المكاثرة واجبة، فكذلك ما جعل طريقاً إليها.

---

(١) سورة النساء، الآية: ٣.

(٢) سورة النساء، الآية: ٢٤.

(٣) لم أقف عليه بهذا السياق.

(٤) في تخريج أحاديث الإحياء: ٢/ ٢٤ قال العراقي: أخرجه أبو يعلى من حديث حذيفة.

(٥) لم أقف عليه بهذا اللفظ.

(٦) قال الهيثمي. ٤/ ٢٥٢: أخرجه الطبراني في الأوسط عن ابن أبي نجيح، ورجاله ثقات.

(٧) الآية: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾.

(٨) سبق تخريجه.

وأما قوله أن فيه «تحصين النفس» فإنما يجب من تحصين النفس ما خيف منه التلف، وليس في ترك النكاح خوف التلف.

وأما قوله: «لَما لزم إعفاف أبيه» لزمه إعفاف نفسه، فقد كان أبو علي بن خيران، يقول: إن إعفاف أبيه لا يجب عليه، كما لا يجب عليه إعفاف ابنه وظاهر المذهب: وجوبه. ولا يجب عليه في نفسه كما يلزم في حق أبيه القيام بكفايته من القوت والكسوة، ولا يلزم ذلك في حق نفسه، فكذلك النكاح..

وأما قول عمر لأبي الزوائد: «ما يمنعُكَ من النكاح إلا عجزٌ أو فجور»[1]، فهو على طريق الترغيب دون الوجوب، ولو كان واجباً لألزمه؛ وأما قول معاذ: «زوِّجُوني لا ألقى الله عزباً»[2] فقد قيل: إنه كان ذا أولاد، ويجوز أن يكون اختار ذلك.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ومن لم تَتُقْ نفسُه إلى ذلك فأحبُّ أنْ يتخلّى لعبادةِ الله عز وجل. فقد ذكر الله تعالى القَوَاعِدَ من النِّساءِ وذكر عبداً أكرَمَهُ الله فقال: ﴿وَسَيِّداً وَحَصُوراً﴾ والحصور، الذي لا يأتي النساء)[3].

قال الماوردي: وهذا صحيح، وجملته أنه لا يخلو حال الإنسان من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون تائق النفس إلى النكاح، شديد الشهود له، تنازعه نفسه إليه، وأن يحدِّثها به، فهذا مندوب إلى النكاح ومأمور به، ونكاحه أفضل من تركه لئلا تدعوه شدة الشهوة مواقعة الفجور، وفي مثله وردت أخبار الندب.

والقسم الثاني: أن يكون مصروف الشهوة عنه غير تائق إليه، ومتى حدث نفسه به لم ترده، فالأفضل لمثل هذا أن لا يتعرض له، وتركه أفضل له من فعله، لئلا يدعوه الدخول فيه إلى العجز عما يلزمه من حقوق، وفي مثله وردت أخبار الكراهة.

وقد أثنى الله تعالى على يحيى بن زكريا في ترك النساء فقال: ﴿وَسَيِّداً وَحَصُوراً﴾[4] وفيه تأويلان:

أحدهما: أن السيد الحليم والحصور الذي لا يأتي النساء، وهذا قول قتادة[5].

---

(١) و(٢) سبق تخريجهما.

(٣) مختصر المزني، ص: ١٦٣.

(٤) سورة آل عمران، الآية: ٣٩.

(٥) نقله البيهقي: ٧/ ٨٣ والطبري في تفسيره: ٣/ ١٧٥.

والثاني: أن السيد الفقيه والحصور الذي لا يقدر على إتيان النساء، وهذا قول سعيد بن المسيب[١]. وذكر الله تعالى القواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحاً، والقواعد: هن اللاتي قعدن بالكبر عن الحيض والحمل فلا يردن الرجال، ولا يريدهن الرجال.

والقسم الثالث: أن يكون معتدل الشهوة، إنْ صرف نفسه عنه صبر، وإن حدّثها به فسد، فلا يخلو حاله من أحد أمرين: إما أن يكون مشتغلاً بطاعةٍ.

أو مشتغلاً بدنيا.

فإن كان مشتغلاً بطاعة من عبادة أو علم فتركه للنكاح تشاغلاً بالطاعة أفضل له وأولى به، وإن كان مشتغلاً بالدنيا فالنكاح أولى من تركه لأمرين:

أحدهما: ليتشاغل به عن الحرص في الدنيا.

والثاني: لطلب الولد، فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إنَّ الرَّجُلَ لَيُرفَعُ بدُعاءِ ولده من بعده»[٢]. وروي عنه ﷺ أنه قال: «سبعٌ يُجْزى العبدُ أجرهُنَّ بعد موته: من كَرى نهراً، أو حفَرَ بئراً أو غرسَ نخلاً أو ورّث مصحفاً، أو بنى مسجداً، أو علَّم علماً، أو خلفَ ولداً صالحاً يدعُو له»[٣]. والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وإذا أرادَ الرَّجلُ أن يتزوَّجَ المرأةَ، فليسَ له أن ينظُرَ إليها حاسرةً، وينظر إلى وجهها وكفَّيهَا وهي متغطّيةٌ بإذنِها وغيرِ إذنها)[٤].

قال الماوردي: قد مضى الكلام في أن وجه المرأة وكفيها ليس بعورة في كتاب الصلاة، لقوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾[٥].

قال الشافعي: الوجه والكفان[٦]، وهو قول: الحسن، وسعيد بن جبير، وعطاء،

---

(١) تفسير الطبري: ٣/ ١٧٤.

(٢) حديث أبي هريرة: أخرجه البيهقي: ٧/ ٧٩ «إن الله ليرفع العبد الدرجة فيقول: ربّ أنّى لي هذه الدرجة، فيقول: بدعاء ولدك لك».

ونقل البيهقي: ٧/ ٧٨ عن الشافعي قال: ويقال: «إن الرجل ليرفع بدعاء ولده من بعده».

(٣) أخرجه أبو نعيم في الحلية من حديث قتادة: ٢/ ٣٤٤.

(٤) مختصر المزني، ص: ١٦٣.

(٥) سورة النور، الآية: ٣١.

(٦) مختصر المزني، ص: ١٦٣.

وقال ابن عباس، والمسور بن مخرمة: هو الكحل والخاتم[١] عبّر عن الوجه بالكحل، وعن اليدين بالخاتم.

فإذا أراد الرجل أن يتزوج المرأة جاز له أن ينظر إلى وجهها وكفيها لا غير، وقال أبو حنيفة: ينظر مع الوجه والكفين إلى ربع الساق. وقال داود: ينظر منها إلى ما ينظر من الأمة إذا أراد شراءها، ورواه الأشهب، عن مالك، وروى عنه غير الأشهب مثل قولنا. وقال المغربي[٢]: لا يجوز أن ينظر إلى شيء منها.

فأما أبو حنيفة، فإنه اعتبر القدمين بالكفين، لأنهما أحد الطرفين، فلم يجعلهما عورة، والكلام معه في حد العورة قد مضى.

وأما داود فاستدل بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا أراد أحدُكم خطبةَ امرأةٍ فليُولجْ بصرَهُ فيها، فإنما هو مُشْترٍ»[٣].

وأما المغربي، فإنه استدل بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «يا عليّ لا تتبعِ النّظرةَ النّظرةَ، فإنَّ الأُولَى لكَ والثّانيةَ عليك»[٤].

ودليلنا على أبي حنيفة قوله تعالى: ﴿وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِن زِينَتِهِنَّ﴾[٥] يعني: الساقين. ودليلنا على داود قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾[٦] يعني: الوجه والكفين. ويدل عليهما ما روي أن النبي ﷺ دَخَلَ على أسماءَ وهي عندَ عائشة وعليها ثوبٌ رقيقٌ فقال لها: «أما عَلِمْتِ أنَّ المرأةَ إذا حاضَتْ حرمَ كلُّ شيءٍ منها إلا هذا وهذا»، وأشارَ إلى وجهِهِ وكفَّيْهِ[٧].

ودليلنا على المغربي رواية جابر، أن النبي ﷺ قال: «إذا أرادَ أحدُكم خطبةَ امرأةٍ

---

(١) راجع تفسير الطبري: ١٨/ ٩٣ والدر المنثور للسيوطي: ٦/ ١٨٠.

(٢) هو يحيى بن يحيى بن كثير الليثي (ت ٢٣٤) هـ. إمام عصره، وناشر مذهب مالك في الأندلس والمغرب.

(٣) لم أقف عليه بهذا اللفظ.

(٤) حديث بريدة: أخرجه أبو داود في النكاح (٢١٤٩) والدارمي: ٢/ ٢٩٨ وأحمد: ٥/ ٣٥١ والحاكم: ٢/ ١٩٤ على شرط مسلم ووافقه الذهبي والبيهقي: ٧/ ٩٠.

(٥) سورة النور، الآية: ٣١.

(٦) سورة النور، الآية: ٣١.

(٧) حديث عائشة: تقدّم في الصلاة.

فلينْظُرْ إلى وجهِها وكفَّيْها، فإنَّ في أعيُنِ الأنصار شيئاً، أو قال سوءاً»[١]، وروى أبو الدرداء، أن النبي ﷺ قال: «إذا قذَفَ اللَّهُ في قلْبِ أحدِكُم خطبةَ امرأةٍ فلْيَتَأمَّلْ خَلْقَها»[٢] روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، قال: قال رسول الله ﷺ: «إنَّما النِّساءُ لعبٌ، فإذا اتَّخذَ أحدُكُم لعبةً فليَسْتَحْسِنْها»[٣] وروى بكر بن عبد الله، عن المغيرة بن شعبة، أنه خطبَ امرأةً من الأنصار فقال له النبي ﷺ: «إذْهَبْ فانْظُرْ إليها فإنه أحْرَى أن يُؤدَمَ بينكما»[٤] وفي يؤدم قولان:

أحدهما: وهو قول أصحاب الحديث: أنه بمعنى يدوم، فقدم الواو على الدال كما قال في ثمرة الأراك: كُلُوا منه الأسودِ فإنه أيطب[٥]. بمعنى: أطيب، فيكون مأخوذاً من الدوام.

والقول الثاني: وهو قول أهل اللغة: أنه المحبة وأن لا يتنافرا مأخوذ من إدام الطعام لأنه يطيب، فيكون مأخوذاً من الأدام، لا من الدوام.

ثم الدليل على جواز النظر إن نظر المعقود عليه أبلغ في صحة العقد مع فقده، فاقتصر على نظر الوجه والكفين لخروجهما عن حكم العورة، وإن في الوجه ما يستدل به

---

(١) حديث أبي هريرة: أنه أتاه رجل فأخبر أنه تزوج امرأة من الأنصار، فقال له النبيّ ﷺ: «أنظرت إليها؟» قال: لا، قال: «فاذهب، فانظر إليها فإن في أعين الأنصار شيئاً» أخرجه مسلم في النكاح (١٤٢٤) (٧٤) والنسائي: ٦/ ٧٧ وأحمد: ٢/ ٢٩٩ وسعيد بن منصور (٥٢٣) والدارقطني: ٣/ ٢٥٣ والبيهقي: ٧/ ٨٤ والحميدي (١١٧٢) والطحاوي: ٣/ ١٤.

(٢) لم أقف عليه بهذا اللفظ، لكن أخرج ابن حبان (٤٠٤٢) من طريق سليمان بن أبي حثمة، قال: رأيت محمد بن مسلمة يطارد ابنة الضحّاك على إنجار من أناجير المدينة يبصرها، فقلت له: أتفعل هذا وأنت صاحبُ رسول الله ﷺ؟ قال: نعم، سمعتُ رسول الله ﷺ يقول: «إذا ألقى الله في قلب امرىء خطبة امرأة، فلا بأس أن ينظر إليها» أخرجه سعيد بن منصور (٥١٩) وأحمد: ٣/ ٣٩٣ وابن ماجة (١٨٦٤) والطحاوي: ٣/ ١٣ والبيهقي: ٧/ ٨٥.

(٣) أخرجه الحاكم في التاريخ (٨/ ٢٤٤) عن عمرو بن العاص مرفوعاً.

(٤) حديث المغيرة بن شعبة: أخرجه الترمذي (١٠٨٧) والنسائي: ٦/ ٦٩ ـ ٧٠ وابن ماجة (١٨٦٥) و(١٨٦٦) والدارقطني: ٣/ ٢٥٣ والبيهقي: ٧/ ٨٤ وأحمد: ٤/ ٢٤٤ ـ ٢٤٥ والدارمي: ٢/ ١٣٤ وسعيد بن منصور (٥١٦) و(٥١٧) والطحاوي: ٣/ ١٤ والبغوي (٢٢٤٧) وابن حبان (٤٠٤٣).

(٥) حديث جابر، «عليكم بالأسود فإنه أيطب، فقلنا: أكنت ترعى الغنم؟ قال: وهل من نبيّ إلا رعاها؟» أخرجه البخاري في الأنبياء (٣٤٠٦) والأطعمة (٥٤٥٣) وأحمد: ٣/ ٣٢٦ ومسلم في الأشربة (٢٠٥٠) والبغوي (٢٨٩٩) والطيالسي (١٦٩٢).

على الجمال، وفي الكفين ما يستدل به على خصب اليد ونعمه، فأغناه ذلك عن النظر إلى غيره.

فصل: فإذا ثبت ذلك جاز نظره بإذنها وغير إذنها. وقال مالك: لا يجوز أن ينظر إلا بإذنها.

ودليلنا رواية جابر، قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا خطبَ أحدُكم امرأةً، فإنِ استطاعَ أن ينظُرَ إلى ما يدعُوه إلى نِكاحِها فليَفْعَلْ». قال: فخطبْتُ جاريةً فكنْتُ أتخبَّأُ لها حتى رأيْتُ ما دعاني إلى نِكاحِها[1]. ولأنه إن كان النظر مباحاً لم يفتقر إلى إذن وإن كان محظوراً لم يستبح بالإذن.

فصل: فإذا تقرر، ما ذكرنا، لم يخل نظر الرجل الأجنبي إلى المرأة الأجنبية من أحد أمرين: أن يكون لسبب، أو لغير سبب.

فإن كان لغير سبب، منع منه لقوله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ﴾[2] ومنعت من النظر إليه لقوله تعالى: ﴿وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ﴾[3].

ولأن نظر كل واحد منهما إلى صاحبه داعية إلى الافتتان به وروي أن النبيّ ﷺ صرف وجه الفَضْلِ بن العباس، وكان رديفه، بمنىً عن النّظر إلى الخَثْعَميّة وكانت ذات جمالٍ. وقال: شابٌّ وشابّةٌ وأخافُ أن يدخُلَ الشّيْطانُ بينهما[4]. فإن نظر كل واحد منهما إلى عورة صاحبه كان حراماً، وإن نظر إلى غير عورته كان مكروهاً.

---

(١) حديث جابر: أخرجه أبو داود في النكاح (٢٠٨٢) وزاد: وتزوجها، فتزوجتها؛ وعبد الرزاق (١٠٣٣٧) والبيهقي ٧/ ٨٤ وأحمد: ٣/ ٣٣٤ و٣٦٠ وصححه الحاكم: ٢/ ١٦٥ ووافقه الذهبي.

(٢) سورة النور، الآية: ٣٠.

(٣) سورة النور، الآية: ٣١.

(٤) تقدمت الأحاديث في الحج. ومنها: حديث جابر في وصف حجة النبيّ ﷺ عند مسلم (١٢١٨) وفيه: «وأردف الفضل بن العباس وكان رجلاً حسن الشعر، أبيض وسيماً، فلما دفع رسول الله ﷺ مرت ظعن بجرين، فطفق الفضل ينظر إليهنّ، فوضع رسول الله ﷺ يده على وجه الفضل، فحوّل الفضل وجهه من الشق الآخر. فحوّل رسول الله ﷺ وجهه إلى الشقّ الآخر على وجه الفضل، فصرف وجهه من الشق الآخر حتى أتى محسراً...» وسبق بيانه.

وحديث ابن عباس: «جاءت امرأة من خثعم، فجعل الفضل ينظر إليها وتنظر إليه وجعل النبيّ ﷺ يصرف

فإن كان النظر لسبب، فضربان: محظور، ومباح.

فالمحظور: كالنظر لمعصية وفجور، فهو أغلظُ تحريماً وأشد مأثماً من النظر بغير سبب.

والمباح: على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون لضرورة كالطبيب يعالج موضعاً من جسد المرأة فيجوز أن ينظر إلى ما دعت الحاجة إلى علاجه من عورة وغيرها إذا أمن الافتتان بها، ولا يتعدى بنظره إلى ما لا يحتاج إلى علاجه.

والقسم الثاني: أن يكون لتحمل شهادة، أو حدوث معاملة، فيجوز أن يعمد النظر إلى وجهها دون كفيها، لأنه إن كان شاهداً فليعرفها في تحمل الشهادة عنها، وفي أدائها عليها وإن كان بائعاً، فليعرف من يعاقده.

والقسم الثالث: أن يريد خطبتها فهو الذي جوزنا له النظر إلى وجهها وكفيها بإذنها وغير إذنها. ولا يتجاوز النظر إلى ما سوى ذلك من جسدها وبالله التوفيق.

وجه الفضل إلى الشقّ الآخر..» عند مالك: ١/٣٥٩ والبخاري (١٥١٣) و(١٨٥٥) ومسلم (١٣٣٤) وأبو داود (١٨٠٩)... وسبق في الحج.

وتقدم حديث علي عند أحمد: ١/٧٦ والبيهقي: ٧/٨٩ والترمذي، وفي رواية البيهقي: فقال له العباس: يا رسول الله لويت عنق ابن عمك، قال: «رأيت شاباً وشابة فلم آمن الشيطان عليهما».

بابُ مَا عَلَى الأولياءِ وإنكاح الأَبِ البِكْرَ بِغَيْرِ أَمْرِهَا[١]

قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (فدل كتاب الله وسنة رسوله ﷺ على أن حتما على الأولياء أن يزوِّجُوا الحرائِرَ البوالغَ إذا أردْنَ النِّكاحَ ودَعَوْنَ إلى رضاً. الفصل)[٢].

قال الماوردي: بدأ الشافعي في هذا الفصل بما على الأولياء من نكاح الأيامي إذا دعون إلى رضا، ووجوبه على الأولياء معتبر بخمس شرائط وهي أن تكون حرة بالغة، عاقلة، تدعو إلى كفؤ عن تراض، فيلزمه إنكاحها ولا يسوغ له منعها لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾[٣].

وفي الفضل قولان:

أحدهما: أنه المنع ومنه قولهم: داء عُضَال، إذا امتنع برؤه بدوائه، وفلان عضلة: إذا امتنع بدهائه.

والثاني: أنه الضيق، ومنه قولهم: قد أعضل بالجيش الفضاء، إذا ضاق بهم وقول عمر: قد أعضلَ بي أهلُ العراقِ لا يرضَوْنَ عن والٍ ولا يَرْضَى عنهم وَالٍ[٤].

وفي قوله تعالى: ﴿إِذَا تَرَاضَوا بَيْنَهُمْ بِالمَعْرُوفِ﴾[٥] تأويلان:

أحدهما: إذا تراضى الزوجان بالمهر.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٣.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٦٣. وتتمة الفصل: قال الله تعالى: ﴿وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهنّ فلا تعضلوهنّ أن ينكحن أزواجهنّ إذا تراضوا بينهم بالمعروف﴾ قال: وهذه أبينُ آية في كتاب الله تعالى دلالة على أن ليس للمرأة أن تتزوج بغير ولي. قال: وقال بعض أهل العلم: نزلت في معقل بن يسار. وذلك أنه زوّج أخته رجلاً فطلّقها، فانقضت عدّتها، ثمّ طلب نكاحها وطلبته، فقال: زوّجتك أختي دون غيرك، ثم طلقتها، لا أنكحها أبداً، فنزلت هذه الآية.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٣٢.

(٤) أورده ابن الأثير في البداية والنهاية: ٣/ ٢٥٤ بلفظ: «أهل الكوفة» والطبري: ٢/ ٢٩٩

(٥) سورة البقرة، الآية: ٢٣٢.

والثاني: إذا رضيت المرأة بالزوج المكافىء.

وفيمن نزلت هذه الآية فيه قولان:

أحدها: وهو الأشهر أنها نزلت في معقل بن يسار، زوَّجَ أخته رجلاً ثم طلَّقها، وتراضيًا بعد العدَّة أن يتزوَّجها، فعضلَها وحلفَ أن لا يزوِّجها، فنهاهُ اللَّهُ تعالى عن عضلها، وأمرَهُ أن يزوِّجها ففعل[1]، وهذا قول: الحسن، ومجاهد، وقتادة، والشافعي[2].

والثاني: أنها نزلت في جابر بن عبد الله مع بنت عمٍ له وقد طلَّقَها زوجُها، ثم خطبَها فعضلَها، وهذا قول السدي[3].

فصل: فإذا أرادت المرأة أن تنفرد بالعقد على نفسها من غير ولي، فقد اختلف الفقهاء فيه على ستة مذاهب:

مذهب الشافعي: أن الوليَّ شرطٌ في نكاحها، لا يصح العقد إلا به، وليس لها أن تنفرد بالعقد على نفسها وإن أذن لها، سواء كانت صغيرة أو كبيرة، شريفة أو دنيئة، بكراً أو ثيباً. وبه قال من الصحابة: عمر، وعلي، وابن عباس، وابن عمر، وعائشة رضي الله عنهم ومن التابعين: الحسن، وابن المسيب، وعمر بن عبد العزيز، وشريح، والنخعي، ومن الفقهاء: الأوزاعي، والثوري، وابن أبي ليلى، وأحمد، وإسحاق.

وقال أبو حنيفة: إن لم يكن عليها في مالها ولاية لبلوغها وعقلها، لم يكن عليها في نكاحها ولاية، وجاز أن تنفرد بالعقد على نفسها وترده إلى ما شاءت من رجل أو امرأة، ولا اعتراض عليها للولي إلا أن تضع نفسها في غير كفء، وإن كان عليها في مالها ولاية لجنونٍ أو صغرٍ، لم تنكح نفسها إلا بولي.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٣. وفي البخاري (٥١٣٠) عن الحسن قال: حدثني معقل بن يسار أنها نزلت فيه قال: «زوّجت أختاً لي من رجلٍ فطلّقها حتى إذا انقضت عدّتها، جاء يخطبها، فقلت له: زوَّجتك وأفرشتك وأكرمتك فطلّقتها، ثم جئت تخطبها، لا والله لا تعود إليك أبداً» و(٥٥٣٠). وأبو داود (٢٠٨٧) والترمذي (٢٩٨١) والبيهقي: ٧/ ١٠٣ والدارقطني: ٣/ ٢٢٤.

(٢) راجع الأم باب لا نكاح إلا بولي: ٥/ ١٢ وتفسير القرطبي: ٣/ ١٣٨ والدر المنثور للسيوطي: ١/ ٦٨٥ وتفسير الطبري: ٢/ ٢٩٧ ـ ٢٩٨.

(٣) نقله السيوطي في الدر المنثور: ١/ ٦٨٦ والطبري: ٢/ ٢٩٨.

وقال مالك: إن كانت ذات شرف أو جمال أو مال يرغب الناس في مثلها، لم يصح نكاحها إلا بولي، وإن كانت دنيئة ليست ذات شرف ولا جمال ولا مال، صحّ نكاحها بغير ولي.

وقال داود: إن كانت بكراً لم يصحّ نكاحها إلا بولي، وإن كانت ثيباً صحّ بغير ولي. وقال أبو ثور: إن أذن لها وليها جاز أن تعقد على نفسها، وإن لم يأذن لها لم يجز. وقال أبو يوسف: تأذن لمن شاءت من الرجال في تزويجها دون النساء، ويكون موقوفاً على إجازة وليها.

فأما أبو حنيفة فاستدل بقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[1] فنسب النكاح إليهن، ورفع الاعتراض عنهن. وبرواية ابن عباس، أن النبي ﷺ قال: «الأيِّمُ أحقُّ بنفسِها من وليِّها، والبِكْرُ تستأذَنُ، وإذنُها صُماتُها[2]». وبرواية نافع بن جبير، عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «ليسَ للوليِّ مع الثَّيِّبِ أمرٌ[3]». وبما روي: أنَّ امرأةً جاءَتْ إلى النبيِّ ﷺ فقالت: إنّ أبي ونعْم الأبُ، هو زوّجني بابن أخٍ لهُ ليرفع بي خسيسَتَهُ، فردّ نكاحها فقالت: قد اخترتُ ما فعل أبي، وإنما أردتُ ليعلم النّساءُ أنْ ليس إلى الآباءِ من الأمر شيء[4]. ولأن كل من جاز له التصرف في ماله، جاز له التصرف في نكاحه كالرجل طرداً، والصغير عكساً.

والدلالة على جماعتهم قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾[5]، فدلت الآية على ثبوت الولاية من وجهين:

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٣٤.

(٢) حديث ابن عباس، أخرجه مالك في الموطأ: ٢/ ٥٢٤ ـ ٥٢٥ والشافعي في مسنده. ٢/ ١٢ ومسلم في النكاح (١٤٢١) (٦٦) والدارمي: ٢/ ١٣٨ وأبو داود (٢٠٩٨) والترمذي (١١٠٨) والنسائي ٦/ ٨٤ وابن ماجة (١٨٧٠) والبيهقي: ٧/ ١١٨ و١٢٢ والدارقطني: ٣/ ٢٣٩ ـ ٢٤٠ وأحمد ١/ ٢١٩، ٢٤١ ـ ٢٤٢ وابن الجارود (٧٠٩) والبغوي (٢٢٥٤).

(٣) حديث ابن عباس، وبقية الحديث: «واليتيمة تستأمر، وصمتُها إقرارها»، أخرجه أبو داود في النكاح (٢١٠٠) والنسائي: ٦/ ٨٥ وأحمد ١/ ٢٦١، والبيهقي: ٧/ ١١٨ والدارقطني: ٣/ ٣٩ وعبد الرزاق (١٠٢٩٩) وابن حبان (٤٠٨٩).

(٤) حديث عائشة: أخرجه النسائي في النكاح: ٦/ ٨٧ وفيه: «ولكني أردتُ أن أعلم، النساء من الأمر شيء؟» والدارقطني: ٣/ ٢٣٢، وأحمد: ٦/ ١٣٦.

(٥) سورة البقرة، الآية: ٢٣٢.

أحدهما: نهي الأولياء عن عضلهن، والعضلُ المنعُ في أحد التأويلين، والتضيق في التأويل الآخر[١]. فلو جاز لهن التفرد بالعقد لما أثر عضل الأولياء، ولما توجَّه إليهم نهي.

والثاني: قوله في سياق الآية: ﴿إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾[٢] والمعروف ما تناوله عرف الاختيار، وهو الولي وشاهدان. فإن قيل: فالمنع من العضل إنما يتوجه إلى الأزواج لتقدم ذكرهم دون الأولياء الذين ليس لهم في الآية ذكر، فعن ذلك جوابان:

أحدهما: أنه لا يجوز توجه النهي إلى الأزواج، لأنه إنْ عضل الزوج قبل العدة فحق لا يجوز أن ينهى عنه، وإن عضل بعد العدة فهو غير مؤثر.

والثاني: أنَّ ما روي من سبب نزولها في معقل بن يسار، في أشهر القولين، أو جابر في أضعفها[٣] يوجب حملها على الأولياء دون الأزواج، وليس ينكر أن يعود الخطاب إليهم، وإن لم يتقدم لهم ذكر إذا دل الخطاب عليه كما قال تعالى: ﴿إِنَّ الْإِنسَانَ لِرَبِّهِ لَكَنُودٌ، وَإِنَّهُ عَلَىٰ ذَٰلِكَ لَشَهِيدٌ﴾[٤] يعني الله تعالى: ﴿وَإِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ﴾[٥] يعني: الإنسان. وقال تعالى: ﴿فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾[٦] أي أوليائهن، فجعل إذن الأولياء شرطاً فهي نكاحهن، فدل على بطلانه لعدمه.

ويدل على ذلك من السنة ما رواه ابن مسعود، وابن عمر، وابن عباس، وأبو هريرة، وعائشة، وأنس، وعمران بن الحصين، وأبو موسى، وأثبت الروايات رواية أبي موسى، أن النبي ﷺ قال: «لا نِكَاحَ إلا بوليٍّ»[٧].

---

(١) سبق تفسير العضل.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٣٢.

(٣) تقدّمت الروايتان.

(٤) سورة العاديات، الآيتان: ٦ ـ ٧.

(٥) سورة العاديات، الآية: ٨.

(٦) سورة النساء، الآية: ٢٥.

(٧) حديث أبي موسى: أخرجه الترمذي في النكاح (١١٠١) وأبو داود (٢٠٨٥) والدارمي: ٢/ ١٣٧ وابن ماجة (١٨٨١) والطيالسي (٥٢٣) والطحاوي: ٣/ ٩ والبيهقي: ٧/ ١٠٧، وابن الجارود (٧٠٤) والدارقطني: ٣/ ٢١٨ ـ ٢٢٠ والحاكم: ٢/ ١٦٩ و١٧١ ـ ١٧٢ وأحمد: ٤/ ٣٩٤ و٤١٣ وابن حبان (٤٠٨٣).

وروى ابنُ عباس: «لا نِكَاحَ إلا بوليٍّ وشَاهِدَي عدلٍ»[١]، فكان على عمومه في كل نكاح من صغيرة وكبيرة، وشريفة ودنيئة، وبكر وثيب.

فإن قالوا: نحن نقول بموجبه، لأن المرأة ولية نفسها، فإذا زوَّجَتْ نفسها كان نكاحُها بولي، فعن ذلك جوابان:

أحدهما: أنه خطاب لا يفيد لعلمنا أنه لا نكاح إلا بمنكوحة، ولا يتميز عن سائر العقود، وقد خص النكاح به.

والثاني: أن قوله: لا نكاح إلا بولي يقتضي أن يكون الولي رجلاً، ولو كانت هي المراد لقال: لا نكاح إلا بولية، ويدل عليه ما رواه الشافعي، عن مسلم بن خالد الزنجي، عن ابن جريج، عن سليمان بن موسى، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة، أن النبيّ ﷺ قال: «أيّما امرأةٍ نكحَتْ بغيرِ إذْنِ وليِّها فنكاحُها باطِلٌ، فنكاحُها باطِلٌ، فنكاحُها باطِلٌ، وإن مسَّها فلها المَهْرُ بما استحلَّ من فَرْجِها، فإن اشتَجَرُوا أو قال: اختلَفوا، فالسُّلطانُ وليُّ مَنْ لا وَلِيَّ له»[٢].

وهذا نص في إبطال النكاح بغير ولي من غير تخصيص ولا تمييز. اعترضوا على هذا الحديث بثلاثة أسئلة:

أحدها: أن قالوا مدار هذا الحديث على رواية الزهري. وقد روى ابن عطية، عن ابن جريج، أنه قال: لقيتُ الزهري فسألته عنه، فقال: لا أعرفُه وعنه ثلاثة أجوبة:

أحدها: أنه قد رواه عن الزهري أربعة: سليمان بن موسى، ومحمد بن إسحاق، وجعفر بن ربيعة، والحجاج بن أرطأة.

ورواه عن عروة ثلاثة: الزهري، وهشام بن عروة، وأبو الغصن ثابت بن قيس، فلم يصح إضافة إنكاره إلى الزهري مع رواية غير الزهري له عن عروة.

---

(١) حديث ابن عباس: أخرجه البيهقي: ٤/ ١٢٤ وزاد: فإن أنكحها ولي مسخوط عليه فنكاحها باطل. وقال البيهقي: كذا رواه عدي بن الفضل، وهو ضعيف، والصحيح موقوف. وأخرجه من طريق عائشة، وعن الحسن مرسلاً وعن عمران بن الحصين وعن ابن مسعود. وأخرجه الدارقطني: ٣/ ٢٢٢ وقال. رفعه عدي بن الفضل ولم يرفعه غيره. والشافعي في باب نكاح الولاة، والنكاح بالشهادة: ٥/ ١٦٨ عن الحسن بن أبي الحسن، عن النبيّ ﷺ وقال: وهذا وإن كان منقطعاً دون النبيّ ﷺ، فإن أكثر أهل العلم يقول به ويقول: الفرق بين النكاح والسّفاح الشهود، وهو ثابت عن ابن عباس وغيره.

(٢) حديث عائشة، سبق تخريجه وهو في الأم: ٥/ ٣.

والثاني: ما قاله بعض أصحاب الحديث: أن الزهري أنكر سليمان بن موسى وقال: لا أعرفه، وإلا فالحديث أشهر من أن ينكره الزهري ولا يعرفه، وليس جهل المحدث بالراوي عنه مانعاً من قبول روايته عنه، ولا معرفته شرطاً في صحة حديثه.

والثالث: إنه لا اعتبار بإنكار المحدث للحديث بعد روايته عنه، وليس استدامة ذكره شرطاً في صحة حديثه، فإن ربيعة روى عن سهيل بن أبي صالح، عن أبيه، عن أبي هريرة: أن النبيّ ﷺ قضى باليمين مع الشاهد[1] ثم نسي سهيل الحديث، فحدَّث به ربيعة وكان سهيل إذا حدث به قال: أخبرني عني عن أبي هريرة أن النبيّ ﷺ قضى باليمين مع الشاهد.

السؤال الثاني: أن قالوا: هذا الحديث لا يصح عن عائشة وقد رويتموه عنها لأنها زوجت بنت أخيها عبد الرحمن وكان غائباً بالشام، فلما قَدِمَ قال: أَمِثْلي يفتاتُ عليه في بناته، فأمضى النكاح[2].

قيل: ما رويته من الحديث أثبت عند أصحاب الحديث مما روي عنها من نكاح ابنة أخيها، وقد ذكر الدارقطني لإبطاله وجوهاً، على أن الشافعي قد أفرد للجواب عنه باباً نحن نذكره فيه.

السؤال الثالث: أن قالوا: هو محمول على من عليها من النساء ولاية بصغر أورق، وتلك لا يجوز نكاحها إلا بولي، وقد روي في الخبر: أيُّما امرأةٍ نكحَتْ بغير إذْنِ مواليها فنكاحُها باطلٌ[3]. فاقتضى صريح هذه الرواية حملها على الأمة، ودليل تلك الرواية حملها على الصغيرة، وخرجت الحرة الكبيرة في الروايتين. والجواب عنه من وجهين:

---

(١) حديث أبي هريرة: أخرجه الترمذي في الأحكام (١٣٤٣) بلفظ: «مع الشاهد الواحد»، وقال الترمذي: حديث حسن غريب وابن ماجة (٢٣٦٨) وأبو داود (٣٦١٠) وقال: وزادني الربيع بن سليمان المؤذن في هذا الحديث قال: أخبرني الشافعي عن عبد العزيز قال: فذكرتُ ذلك لسهيل فقال: أخبرني ربيعة وهو عندي ثقة أني حدثته إياه ولا أحفظه، قال عبد العزيز: وقد أصابت سهيلاً علّة أذهبت بعض عقله، ونسي بعض حديثه، فكان سهيل بعدُ يحدّثه عن ربيعة، عنه، عن أبيه.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ: ٢/ ٥٥٥ عن عائشة: أنها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير، وعبد الرحمن غائب بالشام فلما قدم قال.. فكلمت عائشة المنذر بن الزبير فقال: فإن ذلك بيد عبد الرحمن، فقال عبد الرحمن: ما كنت لأردّ لك أمراً قضيته، فقرّت حفصة عند المنذر، ولم يكن طلاق. أخرجه البيهقي: ٧/ ١١٢.

(٣) حديث عائشة، سبق تخريجه.

أحدهما: أن على جميع النساء في النكاح ولاية، لجواز اعتراض الأولياء على جميعهن.

والثاني: أن حمله على الصغير لا يجوز من وجهين:

أحدهما: لاستواء الصغير والصغيرة فيه، ولا يبقى لتخصيص النساء بالذكر تأثير.

والثاني: لاستواء النكاح وغيره من العقود فلا يبقى لتخصيص النكاح بالذكر تأثير.

وحمله على لأمة الأمة لا يجوز من وجهين:

أحدهما: لاستواء العبد والأمة فيه، فلم يكن لتخصيص الأمة تأثير.

والثاني: لقوله في آخر الخبر فإن اشتجَرُوا فالسُّلطانُ وليُّ مَنْ لا وليَّ له[1].

والسلطان لا يكون ولياً للأمة وإنْ عضلها مواليها. ورويتم أنه قال: «أيّما امرأةٍ نكحَتْ بغير إذن مواليها فنكاحُها باطل»[2]. والمولى ينطلق على الولي كما قال تعالى: ﴿وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِنْ وَرَائِي﴾[3] يعني: الأولياء، لأنه لم يكن عليه رق فيكون له مولى. على أننا نستعمل الروايتين، فتكون روايتنا مستعملة في الحرة، وروايتهم مستعملة في الأمة، فلا يتعارضان. ويدلّ عليه ما رواه ابن سيرين، عن أبي هريرة عن النبيّ ﷺ أنه قال: «لا تنكِحُ المرأةُ المرأةَ ولا تنكحُ المرأةُ نفسَها والتي تنكحُ نفسَها هي الزّانية»[4].

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «كلُّ نِكَاحٍ لم يحضرْهُ أربعةٌ، فهو سِفَاحٌ: الزّوجُ، والوليُّ، وشاهدانِ»[5] ولأنه إجماع الصحابة، لأنه قول من ذكرنا من الرواة الثمانية، وهو مروي عن عمَر وعلي رضي الله عنهما.

---

(١) و(٢) حديث عائشة، سبق تخريجه.

(٣) سورة مريم، الآية: ٤.

(٤) حديث أبي هريرة: أخرجه ابن ماجة في النكاح (١٨٨٢) وفي إسناده جميل بن الحسين العتكي. قال الهيثمي: قال فيه عبدان، فاسق يكذب، وقال ابن عدي: لم أسمع أحداً تكلم فيه غير عبدان، ولا أعلم له حديثاً منكراً، وذكره ابن حبان في الثقات، وأخرج له في صحيحه، والحاكم وابن خزيمة. والدارقطني: ٣/ ٢٢٧ والبيهقي: ٧/ ١١٠.

(٥) أخرجه الدارقطني: ٣/ ٢٢٥ من حديث عائشة مرفوعاً: «لا بدّ في النكاح من أربعة: الولي، والزوج، والشاهدين»، وفي إسناده: أبو الخصيب مجهول، واسمه نافع بن ميسرة. والبيهقي: ٧/ ١٢٥ عن أبي هريرة وفيه مغيرة بن موسى، قال البخاري: بصري منكر الحديث، وعن ابن عباس موقوفاً وقال: والصواب موقوف.

أما علي فروي عن الشعبي، أنه قال: «لم يكُنْ في الصَّحابَةِ أشدُّ في النِّكاح بغيرِ وليّ من علي بن أبي طالب»[1].

وأما عمر فروي عنه أنه قال: «لا تنكحُ المرأةُ إلا بإذنِ وليِّها، أو ذي الرَّأي من أهلها، أو السّلطان»[2] وفيه تأويلان؛

أحدهما: «إلا بإذن وليها» إن كان واحداً. أو «ذي الرّأي من أهلها» إن كانوا جماعة. أو «السلطان» إن لم يكن لها ولي.

والثاني: «بإذن وليها» إن كان لها ولي، فإن لم يكن لها ولي زوَّجَها السلطان بمشورة ذي الرأي من أهلها وذوي الرأي من أرحامها.

فهذا قول من ذكرنا من الصحابة، وليس في التابعين مخالف، فثبت أنه إجماع، ويدل على ذلك من القياس، وهو أن كل من كان من زوائد عقد النكاح كان شرطاً فيه كالشهود، ولأن ما اختص من بين جنسه بزيادة عدد كانت الزيادة شرطاً فيه كالشهادة في الزنى، ولأن كل عقد صارت به المرأة فراشاً لم تملكه المفترشة كالأمة، ولأن من عقد على نفسه واعترض عليه غيره في فسخه دل على فساد عقده كالأمة والعبد إذا زوجا أنفسهما، ولأن من منع من مقصود العقد منع من العقد كالمحجور عليه، لأنه أحد طرفي الاستباحة، فلم تملكه المرأة كالطلاق. ولأن لولي المرأة قبل بلوغها حقين:

حق في طلب الكفاءة.

وحق في مباشرة العقد.

فلما كان بلوغها غير مسقط لحقه في طلب الكفاءة، كان غير مسقط لحقه في مباشرة العقد، ويتحرر من اعتلاله قياسان:

أحدهما: أنه أحد أحقي الولي فلم يسقط ببلوغها، كطلب الكفاءة.

والثاني: أن كل من ثبت عليها حق الولي في طلب الكفاءة، ثبت عليها حقه في مباشرة العقد كالصغيرة.

---

(١) الأثر عن علي، أخرجه الدارقطني: ٣/ ٢٢٩ والبيهقي: ٧/ ١١١ وابن أبي شيبة؛ ٣/ ٢٧٢.
(٢) أخرجه مالك في الموطأ. ٢/ ٥٢٥ وابن أبي شيبة: ٣/ ٢٧٢ والبيهقي: ٧/ ١١١ والدارقطني: ٣/ ٢٢٩.

فأما الجواب عن استدلالهم بالآية[١]، فمن وجهين:

أحدهما: أن المراد برفع الجناح عنهن: أن لا يمنعن من النكاح إذا أردنه، فلا يدل على تفردهن بغير ولي، كما لا يدل على تفردهن بغير شهود.

والثاني: أن قوله: ﴿فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[٢] يقتضي فعله على ما جرى به العرف من المعروف الحسن، وليس من المعروف الحسن أن تنكح نفسها بغير ولي.

وأما قوله ﷺ: «الأيِّمُ أحقُّ بنفسها من وليِّها»[٣] فقد مر الجواب عنه، أن لأهل اللغة في الأيم قولين:

أحدهما: أنها التي لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً وإن لم تنكح قط، يقال: امرأة أيم إذا كانت خلية من زوج، ورجل أيِّم إذا كان خلياً من زوجة.

والقول الثاني: أنها لا يقال لها أيم إلا إذا نكحت ثم حلَّت بموت أو طلاق، بكراً كانت أو ثيباً، ومنه قال الشاعر:

فإن تنكحي أنكح وإن تتأيمي ... وإن كنت أفتى منكم أتأيم

فأما الأيم في هذا الخبر، فالمراد بها: الثيب من الخاليات الأيامى، دون الأبكار لأمرين:

أحدهما: أنه قد روي: الثَّيِّبُ أحقُّ بنفسها من وليِّها[٤].

والثاني: أنه لما قابل الأيم بالبكر، اقتضى أن تكون البكر غير الأيم، لأن المعطوف غير المعطوف عليه، وليس غير البكر إلا الثيب، فلهذا عدل بالأيم عن حقيقة اللغة إلى موجب الخبر.

---

(١) وهي ﴿فلا جُناح عليكُم فيما فعلن في أنفسهنّ بالمعروف﴾ سورة البقرة، الآية: ٢٣٤.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٣٤.

(٣) حديث ابن عباس، سبق تخريجه.

(٤) حديث ابن عباس: «الأيّم أحق بنفسها من وليها، والبكر تُستأذن، وإذنها صماتُها»، أخرجه مالك في الموطأ: ٢/ ٥٢٤ ـ ٥٢٥ والشافعي في مسنده: ٢/ ١٢ ومسلم في النكاح (١٤٢١) (٦٦) وأبو داود (٢٠٩٨) والترمذي (١١٠٨) والنسائي: ٦/ ٨٤ وابن ماجة (١٨٧٠) وأحمد: ١/ ٢١٩ و٢٤١ ـ ٢٤٢ والدارمي: ٢/ ١٣٨ وسعيد بن منصور (٥٥٦) وابن الجارود (٧٠٩) والدارقطني: ٣/ ٢٣٩ ـ ٢٤٠ والبيهقي: ٧/ ١١١ والبغوي (٢٢٥٤).

فإذا تقررت هذه المقدمة فعن الخبر ثلاثة أجوبة:

أحدها: «أنها أحق بنفسها من وليها» في أنها لا تجبر إن أبت، ولا تمنع إن طلبت، ولا يدل على تفردها بالعقد بغير ولي، كما لم يدل على تفردها بالعقد من غير شهود.

والثاني: أنه جعل لها ولياً في الموضع الذي جعلها أحق بنفسها، فوجب أن لا تسقط ولايته عن عقدها، ليكون حقها في نفسها وحق الولي في عقدها، فيجمع بين هذا الخبر وبين قوله: «لا نكاح إلا بولي»[1] فتصير الأيم أحق بنفسها في الإذن، ولا نكاح إلا بولي في العقد.

والثالث: أن لفظة «أحق» موضوعة في اللغة للاشتراك في المستحق، إذا كان حق أحدهما فيه أغلب، كما يقال: زيد أعلم من عمرو إذا كانا عالمين وأحدهما أفضل وأعلم. ولو كان زيد عالماً وعمرو جاهلاً، لكان كلاماً مردوداً، لأنه يصير بمثابة قوله: العالم أعلم من الجاهل، وهذا لغو. وإذا كان ذلك موجباً أن يكون لكل واحد منهما حق، وحق الثيب أغلب، فالأغلب أن يكون من جهتها، الإذن والاختيار، ومن جهته قبول الإذن في مباشرة العقد.

وأما قوله: «ليس للوليِّ مع الثيِّب أمرٌ»[2] فالأمر هو الإجبار والإلزام، وليس للولي إجبار الثيب وإلزامها، ولا يقضي ذلك أن تنفرد بالعقد دون وليها، كما لا تنفرد به دون الشهود.

وأما حديث المرأة التي زوجها أبوها[3]، فرواية عكرمة بن فلان، فإن كان مولى ابن عباس فهو مرسل الحديث، لأنه تابعيٌ ولم يسنده، والمرسل ليس بحجة. وإن كان غيره فهو مجهول، وجهالة الراوي تمنع من قبول حديثه، ثم لا حجة فيه لو صحّ، لأنه رد نكاحاً تفرد به الولي، وإنما يكون حجة لو أجاز نكاحاً تفردت به المرأة.

وأما قياسه على الرجل فالمعنى في الرجل: أنه لما لم يكن للولي عليه اعتراض في الكفاءة، لم يكن له في العقد ولاية.

الجواب عن قياسه على عقد الإجارة: أنه ليس للولي اعتراض فيه، فلم يكن له ولاية عليه، وليس كذلك عقد نكاحها.

(١) حديث أبي موسى، سبق تخريجه.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) حديث ابن عباس: «أن رسول الله ﷺ ردَّ نكاح بكرٍ وثيب أنكحهما أبوهما وهما كارهتان». أخرجه الدارقطني: ٣/ ٢٣٤ والبيهقي: ٧/ ١١٧.

وأما قياسه على المهر، فعندهم أن للولي أن يعترض عليها فيه ويمنعها أن تتزوج بأقل من مهر مثلها، ثم هو منتقض بقطع الأطراف يتصرف في إبدالها من الدية، ولا يتصرف فيها بالقطع والإباحة.

فصل: وأما مالك ففرق بين الشريفة والدنيئة، بأن الولي يراد لحفظ المرأة أن تضع نفسها في غير كفء، والدنيئة مكافئة لكل الأدنياء، فلم يبق لوليها نظر واحتياط في طلب الأكفاء، فجاز عقدها بغير ولي، ولم يجز عقد الشريفة إلا بولي.

وهذا القول غير صحيح، لأنه ليس من دنية إلا وقد يجوز أن يكون في الرجال من هو أدنى منها، فاحتيج إلى احتياط الولي فيها. ثم لو قلب عليه فرقه، فقيل: الشريفة يمنعها كرم أصلها من وضع نفسها في غير كفء، فلم تحتج إلى احتياط الولي، والدنية يبعثها لؤم أصلها على وضع نفسها في غير كفء، لكان مساوياً لقوله، فوجب إسقاط الفرق بينهما. ثم قال له: لمّا لم يكن هذا الفرق بينهما مانعاً من استوائهما في الشهادة، فهلاّ كان غير مانع من استوائها في الولي، مع كون النصوص في الولي عامة لا تخص بمثل هذا الفرق!.

فصل: فأما داود، فخص الثيب بالولاية دون البكر، لقوله ﷺ: «ليس للوليِّ مع الثيِّب أمرٌ»[1] ليطابق بين الأخبار في الاستعمال، وقد قدمنا وجه استعمالها، وأن الفرق بينهما واقع في الأخبار، فكان جواباً. ثم فرَّقَ داود بين البكر والثيب: بأن الثيب قد خبرت الرجال فاكتفت بخبرتها عن اختيار وليها، والبكر لم تختبر فافتقرت إلى اختيار وليها، وهذا فرق فاسد، وعكسه عليه أولى، لأن خبرة الثيب بالرجال تبعثها على فرط الشهوة في وضع نفسها فيمن قويت فيه شهوتها، والبكر لعدم الخبرة أقل شهوة، فكانت لنفسها أحفظ، على أن الشهوة مركوزة في طباع النساء، قال النبيّ ﷺ: «خُلقَتِ المرأةُ من الرَّجُلِ فهمُّها في الرَّجُلِ»[2] فغلبَ حكمُ الشّهوة في جميعهنّ ثيباً وأبكاراً حتى منعهن من العقد إلا بولي يحتاط، لئلا تغلبها فرط الشهوة على وضع نفسها في غير كفء، فتدخل به العار على أهلها.

فصل: وأما أبو ثور فراعى إذن الولي دون عقده، لقوله ﷺ: «وأيّما امرأةٍ نكحَتْ بغير إذْنِ وليِّها فنكاحُها باطِلٌ»[3] فكما يراعى في نكاح السفيه إذن الولي دون عقده، كذلك هذا.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) سبق تخريجه في أول الكتاب.

(٣) حديث عائشة، سبق تخريجه.

وهذا خطأ، لأن صريح الخبر يقتضي بطلان النكاح، لعدم إذنه، ودليل خطابه يقتضي صحة النكاح بوجود إذنه، وهو متروك لأمرين:

أحدهما: لما رواه معاذ بن معاذ، عن ابن جريج بإسناده المقدم ذكره، أن النبي ﷺ: «أيُّما امرأةٍ لم يُنْكِحْها وليُّها فنكاحُها باطلٌ»[١].

والثاني: أن إذن الولي الذي يصح به النكاح هو إذنه لمن ينوب عنه وهو الوكيل، والمرأة لا يصح أن تكون نائبة عنه، لأن الحق عليها فلم تكن هي النائبة فيه لاختلاف الغرضين، فجرى مجرى الوكيل في البيع الذي لا يجوز أن يبيع على نفسه لاختلاف غرضه وغرض موكله، وليس لاعتباره بالإذن للسفيه وجه، لأن الحجر على السفيه في حق نفسه، والحجر على المرأة في حقوق الأولياء، فافترقا.

فصل: وأما أبو يوسف، فاعتبر أن يعقده رجل عن إذنها لقصورها عن مباشرة العقد، بنفسها، وجعله موقوفاً على إجازة وليها لما فيه من حقه في طلب الأكفاء. وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: هو أنها إنْ كانت مالكة للعقد، لم تحتج إلى الإستنابة، وإن كانت غير مالكة له، لم تصحّ منها الاستنابة.

والثاني: أنه إن كانت الاستنابة شرطاً لم تحتج إلى إجازة، وإن لم تكن شرطاً لم تحتج إليها، فصار مذهبه فاسداً من هذين الوجهين والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وفي قوله ﷺ[٢]: «أيُّما امرأةٍ نكحَتْ بغيرِ إذْنِ وليِّها فنكاحُها باطِلٌ ـ ثلاثاً ـ فإنْ مسَّها فلَها المَهْرُ بما استحلَّ من فَرْجِها، فإن اشتَجَرُوا ـ أو قال ـ فإن اختَلَفُوا فالسُّلطانُ وليُّ مَنْ لا وليَّ له. دلائلُ منها: أن للوليِّ شرطاً[٣] في بضْعِها لا يتمُّ النِّكاحُ إلا به ما لَمْ يعضلْها، الفصل إلى آخره)[٤].

---

(١) حديث عائشة أخرجه ابن أبي شيبة: ٣/ ٢٧٢ ـ ٢٧٣ والبيهقي: ٧/ ١٠٦ ـ ١٠٧.

(٢) في مختصر المزني، ص: ١٦٣. وروت عائشة رضي الله عنها، أن النبيّ ﷺ قال:

(٣) في مختصر المزني: «أن للولي شرطاً».

(٤) مختصر المزني، ص: ١٦٣. وبقية الفصل: «ولا نجد لشركه في بضعها معنى إلا فضل نظره لحياطة الموضع أن ينالها من لا يكافئها نسبه، وفي ذلك عار عليه وأن العقد بغير وليّ باطل لا يجوز بإجازته، وأ الإصابة إذا كانت بشبهه ففيها المهر ودرء الحدّ. قال: ولا ولاية لوصيّ، لأن عارها لا يلحقه».

قال الماوردي: ذكر الشافعي بعد استدلاله بهذا الحديث ما تضمنه ودل عليه من الفوائد والأحكام نصاً واستنباطاً، فذكر خمسة أحكام، وذكر أصحابه ثلاثين حكماً سواها، فصارت خمسةً وثلاثينَ حكماً أخذتُ دلائلها من الخبر بنصٍّ واستنباطٍ منها في قوله: «أيما امرأة» أربعة دلائل:

أحدها: أن أيَّ لفظة عموم له صيغة لتناوله جميع ما اشتمل عليه، فخالف قول داود: أنه لا صيغة للعموم.

والثاني: أن ما المتصلة بأي صلة زائدة، لأنها لو حذفت فقيل: أي امرأة، صحَّ. ومثلُه قوله تعالى: ﴿فَبِمَا رَحْمَةٍ مِنَ اللَّهِ﴾[1]. أي فبرحمة من الله، فدل على جواز الصلة الزائدة في الكلام، وإنْ تعلقت به أحكام.

والثالث: اشتماله على جميع النساء من صغيرة وكبيرة يخالف قول أبي حنيفة، وشريفة ودنيئة يخالف قول مالك، وبكر وثيب يخالف قول داود.

والرابع: خروج الرجال عن حكم النساء في ولاية النكاح، لتخصيصهم بالذكر.

ومنها في قوله: نكحَتْ بغير إذْنِ وليِّها[2] خمسة دلائل:

أحدها: إن اسم النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء، فخالف قول أبي حنيفة.

والثاني: ثبوت الولاية على جميع النساء في نكاحهن، فخالف قول من قدمنا خلافه.

والثالث: أن للولي أن يوكل، لأن إذنه لا يصح إلاَّ لوكيل ينوب عنه.

والرابع: لا ولاية لوصي، لأنه ليس بولي ولا نائب عمن هو في لحال ولي.

والخامس: أن الفاسد قد يضاف إلى عاقده وإن لم يلزمه الحكم.

ومنها في قوله: فنكاحُها باطلٌ فنكاحُها باطِلٌ، فنكاحُها باطل ستة دلائل:

أحدها: بطلان النكاح بغير ولي، بخلاف قول من أجازه بغير ولي.

والثاني: أنه لا يكون إذا بطل موقوفاً على إجازة الولي، بخلاف قول أبي حنيفة.

والثالث: أن النكاح الفاسد لا يفسخ بطلقة، وإن كان مختلفاً فيه، بخلاف قول مالك.

---

(١) سورة آل عمران، الآية: ١٥٩.

(٢) حديث عائشة، سبق تخريجه.

والرابع: أن النكاح الفاسد يسمى نكاحاً.

والخامس: أن الإضافة قد تكون حقيقة ومجازاً.

والسادس: جواز تكرار اللفظ زيادة في البيان وتوكيداً لأنه قال: فنكاحها باطل ـ ثلاثاً.

ومنها في قوله فإن مسَّها فلها المهرُ بما استحلَّ من فرجِها[1] خمسة عشر دليلاً:

أحدها: أن المسيس عبارة عن الوطء.

والثاني: أن الوطء في النكاح الفاسد موجب للمهر.

والثالث: إنه لا يوجب الحد مع العلم والجهل.

والرابع: أن النكاح الفاسد إذا خلا من الإصابة لم يجب فيه المهر.

والخامس: أن الخلوة لا يكمل بها المهر بخلاف قول أبي حنيفة.

والسادس: أن المستكرهة على الزنا يجب لها المهر بما استحل من فرجها، بخلاف قول أبي حنيفة.

والسابع: إن الإصابة في كل واحد من الفرجين من قبل أو دبر يوجب المهر، لأنه فرج.

والثامن: أن ذات الزوج إذا أصيبت بشبهة فلها المهر دون الزوج، بخلاف قول من جعله للزوج.

والتاسع: إن الموطوءة في العدة بشبهة يكون المهر لها، لا في بيت المال بخلاف قول من جعله لبيت المال.

والعاشر: أن تكرار الوطء في النكاح الفاسد لا يجب به إلا مهر واحد، ما لم يغرم المهر عما تقدم.

والحادي عشر: أن الإصابة دون الفرج لا توجب المهر.

والثاني عشر: أن الغَارَّةَ للزوج لا تسقط عنه مهرها بالغرور.

---

(١) حديث عائشة، سبق تخريجه.

والثالث عشر: أن الموطوءة بشبهة أو في نكاح فاسد كالموطوءة في نكاح صحيح في لحوق النسب ووجوب العدة وتحريم المصاهرة، لاستوائها في وجوب المهر.

والرابع عشر: أن وطء الأمة بنكاح فاسد أو شبهة كوطء الحرة في وجوب المهر ولحوق النسب والعدة وتحريم المصاهرة.

والخامس عشر: أن المهر إذا اسْتُحِقَّ بالإصابة في نكاح فاسد فهو مهر المثل دون المسمى، سواء كان أقل منه أو أكثر، بخلاف قول أبي حنيفة: أنه يوجب أقل الأمرين من مهر المثل والمسمى.

ومنها في قوله: «فإن اشتجَرُوا فالسّلطانُ وليُّ مَنْ لا وليّ له» خمسة دلائل:

أحدها: أن العصبة أحقّ بالولاية عليها من السلطان.

والثاني: أنهم إذا عدموا انتقلت الولاية إلى السلطان.

والثالث: أن الأقرب من عصبتها أولى من الأبعد، كما أن العصبة لقربهم أولى من السلطان.

والرابع: أن الأولياء إذا كانوا في درجة واحدة لم يكن أحدهم إذا اشتجروا أحق من الباقين إلا بقرعة أو تسليم.

والخامس: أنهم إذا اشتجروا في نكاحها عضلاً لها لا تنازعاً فيها، زوجها السلطان.

والاشتجار عضلاً أن يقول كل واحد منهم لغيره: زوجها أنت، فيصيروا جميعاً عضلة فيزوِّجُها السلطان.

والاشتجار تنازعاً أن يقول كل واحد منهم: أنا أزوجها، فلا تنتقل الولاية إلى السلطان لأنهم غير عضلة، بل يقرع بينهم ويزوجها من قرع منهم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وجمعَتِ الطريقَ رفقَةٌ فيها امرأةٌ ثيّبٌ، فوَلّتْ أمرَهَا رجلاً منهم، فزوَّجَها، فجلَدَ عمرُ النَّاكِحَ والمُنْكِحَ وردَّ نِكَاحَها)[1].

قال الماوردي: وهذا الأثر المروي عن عمر رضي الله عنه[2] وإن كان دليلاً على

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٣. وفيه: «وردّ نكاحهما».

(٢) أخرجه البيهقي: ٧/ ١١١ والدارقطني: ٣/ ٢٢٥ وفي هامشه: رواه الشافعي كذا في المنتقى، وفيه انقطاع،

إبطال النكاح بغير ولي، فالمقصود به ما يتعلق على المتناكحين بغير ولي من الأحكام.

فإذا تناكح الزوجان بغير ولي، فلا يخلو حالهما من أن يترافعا فيه إلى حاكم أم لا، فإن ترافعا فيه إلى حاكم، لم يخلُ حال الحاكم من أحد أمرين:

إما أن يكون شافعياً يرى إبطال النكاح بغير ولي، أو يكون حنفياً يرى جواز النكاح بغير ولي.

فإن كان شافعياً يرى إبطال النكاح بغير ولي، حكم فيه بمذهبه، وقضى بينهما بإبطاله، وفرق بينهما فإن اجتمعا على الإصابة بعد تفريق الحاكم بينهما، كانا زانيين عليهما الحد، لأن شبهة العقد قد ارتفعت بحكم الحاكم بينهما بالفرقة. فلو ترافعا بعد إبطال الحاكم الشافعي له إلى حاكم حنفي، لم يكن له أن يحكم بجوازه لنفوذ الحكم بإبطاله.

وإن كانا في الابتداء قد ترافعا إلى حاكم حنفي يرى صحة النكاح بغير ولي، فحكم بينهما بصحته، وأذن لهما بالاجتماع فيه، لم يكن عليهما في الإصابة حد، لنفوذ الحكم بالإباحة. فلو ترافعا بعد حكم الحنفي بصحته إلى حاكم شافعي، فهل له أن يحكم بإبطاله وينقض حكم الحنفي بصحته وإمضائه، أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: له الحكم بإبطاله ونقض حكم الحنفي بإمضائه، لما فيه من مخالفة النص في قوله: «فنكاحها باطل - ثلاثاً -».

والوجه الثاني: أنه ليس له أن ينقض حكماً قد نفذ باجتهاد، والنص فيه من أخبار الآحاد.

فصل: وإذا لم يترافعا فيه إلى حاكم ولا حكم فيه بأحد الأمرين من صحة أو إبطال، فإن لم يجتمعا فيه على الإصابة حتى افترقا، فلا عدّة عليها ولا مهر لها. وإن مات أحدهما لم يتوارثا، وإن اجتمعا فيه في الإصابة لم تخل حالهما من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يعتقدا إباحته.

والثاني: أن يعتقدا تحريمه.

والثالث: أن يجهلا حكمه.

لأن عكرمة لم يدرك ذلك. وابن أبي شيبة: ٣/ ٢٧٤ وعبد الرزاق (١٠٤٨٥) و(١٠٤٨٦) والشافعي في الأم: ٥/ ١٣.

فإن اعتقدا إباحته لاعتقادهما مذهب أبي حنيفة فيه، فلا حد عليهما لاستباحتهما له عن اجتهاد مسوغ.

فإن قيل: أفليس لو شرب النبيذ من اعتقد مذهب أبي حنيفة في إباحته حددتموه، فهلاّ حدذُتُم هذا مع اعتقاده إباحته؟ قيل: الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: الشبهة في النكاح بغير ولي أقوى، لتردده بين أصلي حظر من زنى وإباحة من نكاح، وإباحة الشبهة في النبيذ، لا يرجع إلى أصل واحد في الحظر والتحريم وهو الخمر.

والثاني: إن النكاح الذي عقده بغير ولي قد جعل له سبيل إلى استباحته بولي، فاقتصر في الزجر عنه على مجرد النهي، وليس كالنبيذ الذي لا سبيل إلى استباحته، فلم يقتصر في الزجر عنه على مجرد النهي حتى يضم إليه حد هو أبلغ في الزجر، ليكون أمنع من الإقدام عليه.

فصل: وإذا كانا جاهلين بتحريم النكاح بغير ولي، فلا حد به عليهما، لأن الجهل بالتحريم أقوى شبهة، وقد قال النبي ﷺ: «ادرَؤُوا الحُدودَ بالشُّبُهاتِ[1]». ولأن من جهة تحريم الزنى لحدوث إسلامه لم يحد، فكان هذا بإدراء الحد أولى. ألا ترى لقول عثمان رضي الله عنه في أمة أقرت بالزنى، إقرارَ جاهلٍ بتحريمه، أراها تشهدُ به كأنها لم تعلمْ، وإنما الحدُّ على مَنْ عَلِمَ[2] ثم تتعلق على هذه الإصابة من الأحكام ما يتعلقُ على النكاح الصحيح، إلا في المقام عليه، فيوجب العدة ويلحق النسب، ويثبت به تحريم المصاهرة. ولكن في ثبوت المحرمية بها وجهان:

أحدهما: تثبت بها المحرم كما تثبت بها تحريم المصاهرة، فلا تحتجب عن أبيه وابنه، ولا تحتجب عنه أمها وبنتها.

والوجه الثاني: أنه لا تثبت به المحرم، وإن ثبتت به تحريم المصاهرة، لأنا أثبتنا تحريم المصاهرة تغليظاً، فاقتضى أن ينفي عنه ثبوت المحرم تغليظاً.

فصل: وإن كانا معتقدين لتحريمه يريان فيه مذهب الشافعي من إبطال النكاح بغير

---

(١) تقدّم الحديث في كتاب الحدود. وهو حديث عائشة عند الترمذي والحاكم والبيهقي.

(٢) الأثر عن عثمان، تقدّم في الحدود، ورواه الشافعي في مسنده: ٢/ ٧٨ والبيهقي عن الشافعي: ٨/ ٢٣٨.

ولي، فمحظور عليها الإصابة. فإن اجتمعا عليه، ووطئها، فمذهب الشافعي وجمهور الفقهاء: أنه لا حد عليها. وقال أبو بكر الصيرفي، من أصحاب الشافعي، وهو مذهب الزهري، وأبو ثور: أنه عليهما واجب لرواية ابن عباس أن النبيّ ﷺ قال: «البَغيُّ مَنْ نكحَتْ بغيرِ وليٍّ»[(١)] وللأثر المرويّ عن عمر رضي الله عنه في المرأة والرجل اللذين جمعتْهُما رفقةٌ فولَّتْ أمرها رجلاً منهم، فزوَّجَها به فجلدَ النّاكِحَ والمنكح[(٢)].

والدليل على سقوط الحدِّ قولُه ﷺ في الخبر الماضي: «أيُّما امرأة نكحَتْ بغير إذْنِ وليِّها فنكاحُها باطِلٌ»[(٣)] فابطلَ النّكاحَ وأوجبَ المهرَ ودرأَ الحدَّ، لأن النبي ﷺ قال: «ادرَؤُوا الحُدودَ بالشُّبهات»[(٤)]، وأقوى الشبهات عقدٌ اختلفَ الفقهاءُ في إباحته، فكان بادراء الحدِّ أولى.

فأما قوله: «البغيُ مَنْ نكحَتْ بغير ولي»[(٥)] فهي لا تكونُ بغياً بالنكاح إجماعاً، وإنما يقول من يوجب الحد: إنها تكون بالوطء بغياً، فلم يكن في التعلق به دليل. ثم يحمل على أنه يتعلق عليها بعضُ أحكام البغي وهو تحريم الوطء، ولا يمتنع أن يسمى بعض أحكام البغي بغياً، كما قال ﷺ: «مَنْ تَرَكَ الصَّلاة فقد كفر»[(٦)] فسمَّاهُ ببعضِ أحكام الكفْرِ كافراً.

وأما الأثرُ عن عمر، فالجلدُ فيه عبارة عن التعزيز ألا تراهُ جلدَ الناكِحَ والمنكح، والحدُّ لا يجبُ على المنكح، فدلَّ على أنه غررهما.

فصل: وإذا تناكح الزوجان بغير ولي ثم طلقها ثلاثاً، ففي وقوع طلاقه حكماً وتحريمها عليه حتى تنكح زوجاً غيره وجهان لأصحابنا:

أحدهما: يجري عليه حكم الطلاق حتى تنكح زوجاً غيره، وهذا قول: أبي إسحاق المروزي، وأبي علي بن أبي هريرة، وأبي سعيد الاصطخري، وأبي حامد المروزي، اعتباراً بأغلظ الأمرين.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) سبق تخريجه.

(٦) حديث بُريدة مرفوعاً: «بكرّوا بالصلاة في يوم الغيم، فإنه من ترك الصلاة فقد كفر»، أخرجه ابن حبان بإسناد صحيح (١٤٦٣) وأحمد: ٥/ ٣٦١ وابن ماجة (٦٩٤) والبيهقي: ١/ ٤٤٤.

والوجه الثاني: وهو قول أبي حامد الاسفرائيني، ومن عاضده من المتأخرين، وربما كان لهم سلف إن حكم الطلاق لا يجري عليه للحكم بإبطاله، وإنها تحل له قبل زوج، لأن الطلاق لا يقع إلا في نكاح وقد بطل أن يكون نكاحاً.

فإذا تقرر هذان الوجهان. فإن قيل بهذا الوجه: أنه إذا طلقها ثلاثاً لم تحرم عليه أن ينكحها قبل زوج، فإنه إذا أصابها لم تحل بإصابته لها للزوج إن كان قد طلقها قبله ثلاثاً.

وإن قيل: إنها قد حرمت عليه بطلاقه لها ثلاثاً حتى تنكح زوجاً غيره، فهل تحل بإصابته لها لزوج إن كان قد طلقها قبله ثلاثاً أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: تحل له، لإجرائنا على طلاقه حكم الطلاق في النكاح الصحيح.

والوجه الثاني: أنها لا تحل له، لأننا ألزمناه حكم طلاقه تغليظاً عليها، فكان من التغليظ أن لا تحل لغيره بإصابته.

فصل: إذا عدمت المرأة ولياً مناسباً وكان في بلد لا حاكم فيه، وأرادت نكاح زوج، ففيه وجهان:

أحدهما: ليس لها أن تنكح حتى تجد ولياً بحكم، أو نسبٍ، كما لو عدمت الشهود لم يجز أن تتزوج حتى تجد شهوداً.

والوجه الثاني: أنه يجوز للضرورة أن تتزوج، لأن الولي يراد لنفي العار عنه بتزوج غير الكفء، فإذا عدم زال معناه، وخالف الشهود المقصود بهم الاستيثاق لحفظ الأنساب. فعلى هذا إذا جوز لها التزويج، ففيه وجهان:

أحدهما: إنها تتولاه بنفسها، لأن فقد الولي قد أسقط حكمه.

والوجه الثاني: إنها تولي أمرها رجلاً يكون بدلاً من وليها حتى لا يخلو العقد من عدده.

ويحتمل تخريج هذين الوجهين من اختلاف قوليه في الخصمين إذا حكما رجلاً: هل يلزمهما حكمه كلزوم حكم الحاكم؟ والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولا ولايةَ لوصيٍّ لأنَّ عارَها لا يلحقُه)[1].

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٣.

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا أوصى الأب بتزويج بنته لم يكن لوصيه أن يزوجها صغيرة كانت أو كبيرة، عيّن له على الزوج أو لم يعين. وقال مالك: يزوجها الوصي إن كانت كبيرة، عين له على الزوج أو لم يعين، ولا يزوجها إن كانت صغيرة إلا أن يعين له على الزوج. وقال أبو ثور: يزوجها الوصي بكل حال. استدلالاً على ذلك بأمرين:

أحدهما: أن للأب ولاية على مالها ونكاحها، فلما جاز أن يوصي بالولاية على مالها جاز أن يوصي بالولاية على نكاحها.

والثاني: أنه لما جاز للأب أن يستنيب في حياته وكيلاً، جاز أن يستنيب في موته وصياً كالمال. وهذا غير صحيح لقوله ﷺ: «**لا نِكَاحَ إلا بوليٍّ**»[1] وليس الوصيُّ وليّاً، ولرواية عبد الله بن عمر، قال: زوّجني خالي قُدامَةُ بن مظعون، بابنة أخيه عثمان بن مظعون، فمضى المغيرة إلى أمها، وأرغَبَها في المال، فمالَتْ إليه وزهدَتْ فيَّ فأتى قدامةُ النبيَّ ﷺ فقال: أنا عمُّها ووصيُّ أبيها، وما نَقَمُوا من ابنِ عمَر إلا أنه لا مالَ لهُ، فقال النبيّ ﷺ: «**إنها يتيمةٌ وإنّها لا تُنْكَحُ إلا بإذْنِها، فردَّ نكاحه**»[2] مع كونه وصياً من غير أن يستبرىء حالَ صغرها، فدل على أن رد النكاح إنما كان لأن الوصي لا ولاية له، ولأن ولاية النكاح قد نقلت بموت الأب إلى من يستحقها بنفسه من العصبات، فصار موصياً فيما غيره أحق به، فكان مردود الوصية، كما لو وصى بالولاية على مال أطفاله ولهم جد إلى غيره، بطلت وصيته كذلك هذا.

وتحريره قياساً: أنها ولاية قد انتقلت من غير تولية، فلم يجز نقلها بالوصية، كالولاية على المال مع وجود الجد، وفي هذا انفصال عما ذكره من الوصية بالمال. ولأن العصبة إنما اختصوا بالولاية في نكاحها لما يلحقهم من عارها بنكاحها غير كفء، فصار حق الولاية بينهم مشتركاً لدفع العار عنهم وعنها، وهذا المعنى معدوم في الوصي الذي لا يلحقه عارها، فلم تثبت ولايته لفقد معناها، وليس كالوكيل الذي هو نائب عن مستحق لها، وهو من ورائه مراعٍ لنفي العار عنه وعنها.

---

(١) حديث أبي موسى، سبق تخريجه.

(٢) حديث ابن عمر: أخرجه البيهقي: ٧/ ١١٣ وأحمد: ٢/ ١٣٠ والدارقطني: ٣/ ٢٣١ والحاكم: ٢/ ١٦٧ ووافقه الذهبي على تصحيحه والهيثمي: ٤/ ٢٨٠ أمّا قدامة بن مظعون بن حبيب القرشي (ت ٣٦) هـ فهو أحد السابقين الأولين إلى الإسلام، وكان زوج صفية أخت عمر. وأمّا عثمان بن مظعون، أبو السائب. فهو أول رجل مات بالمدينة من المهاجرين بعدما رجع من بدر. راجع الإصابة: ٣/ ٢٢٨ و٢/ ٤٦٤.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وفي قول النبيّ ﷺ: «الأيِّمُ أحقُّ بنفسها من وليِّها، والبِكْرُ تستأذِنُ في نفسِها وإذْنُها صُماتُها» دلالة على الفرْقِ بين البِكْرِ والثَّيِّبِ في أمرين:

أحدُهما: أنّ إذْنَ البِكْرَ الصَّمْتُ وإذْنُ التي بخلافِها الكلامُ.

والآخر: أنّ أمرَهُما في ولاية أنفسهما مختلَفةٌ، فولايةُ الثَّيِّب أنها أحقُّ من الوليِّ، والوليُّ ها هنا الأبُ والله أعلم دونَ الأولياءِ)[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال قد ذكرنا أن المراد بالأيم ها هنا الثيب لما قدمناه، وإذا كان كذلك، فقد استدل الشافعي بهذا الخبر على الفرق بين البكر والثيب في حكمين:

أحدهما: الفرق بينهما في صلة الأذن.

الثاني: الفرق بينهما في الإجبار على العقد، ونحن نقدم الكلام في الإجبار على العقد لأنه أصل لم نعقبه بصفة الإذن في موضعه فنقول: النساء ضربان: أبكار، وثيب. فيأتي حكمهن.

وأما الأبكار فلهن حالتان حالة مع الآباء، وحالة مع غيرهم من الأولياء.

فأما حالهن مع الآباء، فهي ضربان: صغار، وكبار. فأما صغار الأبكار فللآباء إجبارهن على النكاح، فيزوج الأب ابنته البكر الصغيرة من غير أن يراعي فيه اختيارها، ويكون العقد لازماً لها في صغرها وبعد كبرها، وكذلك الجد وإن علا يقوم في تزويج البكر الصغيرة مقام الأب إذا فقد الأب. والدليل عليه وإن كان وفاقاً قوله تعالى: ﴿واللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إن ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةَ أَشْهُرَ واللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾[٢] يعني: الصغار.

والصغيرة تجب العدة عليها من طلاق الزوج، فدل على جواز العقد عليها في الصغر. وروي عن عائشة، أنها قالت: تزوَّجني رسولُ الله ﷺ وأنا ابنةُ سبْعٍ، ودخلَ بي وأنا ابنةُ تسعٍ، ومات عنّي وأنا ابنةُ ثماني عشرة[٣].

فصل: وأما البكر الكبيرة، فللأب، أو الجد عند فقد الأب أن يزوجها جبراً

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٣ ـ ١٦٤. والحديث سبق تخريجه.

(٢) سورة الطلاق، الآية: ٤.

(٣) حديث عائشة، سبق تخريجه.

كالصغيرة، وإنما يستأذنها على استطابة النفس من غير أن يكون شرطاً في جواز العقد، وبه قال: ابن أبي ليلى، وأحمد، وإسحاق. وقال أبو حنيفة: ليس للأب إجبار البكر البالغ على العقد، ولا يزوجها إلا عن إذن، وبه قال: الأوزاعي والثوري، فجعل الإجبار معتبراً بالصغير دون البكارة، وجعله الشافعي معتبراً بالبكارة دون الصغر.

واستدل من نصر قول أبي حنيفة برواية عطاء، عن جابر، أن رجلاً زوَّجَ ابنته وهي بِكْر، فأبَتْ ففرَّقَ رسولُ الله ﷺ بينهما[1].

وبرواية عائشة أن النبي ﷺ قال: «استأمِرُوا النِّساء في أبضاعِهِنَّ»[2] فكانَ على عمومه. ولأنها متصرفة في مالها، فلم يجز إجبارها على النكاح كالثيب، ولأن كل من زال الحجر عنه في ماله، زال عنه الحجر في نكاحه كالرجل.

ودليلنا: رواية الشافعي رضي الله عنه عن مالك، عن عبد الله بن الفضل، عن نافع بن جبير، عن ابن عباس، أن النبي ﷺ قال: «الثَّيِّبُ أحقُّ بنفسها من وليِّها، والبِكْرُ تستأذِنُ في نفسِها وأذنُها صُماتُها»[3].

فلما جعل الثيب أحق بنفسها من وليها، دلّ على أن ولي البكر أحق بها من نفسها، ويكون قوله: «البكر تستأذن في نفسها» محمولاً على الاستحباب دون الوجوب استطابة للنفس، لأنه لو كان محمولاً على الوجوب لصارت أحق بنفسها من وليها كالثيب.

ومن القياس: أن كل من جاز له قبض صداقها بغير رضاها، جاز له عقد نكاحها بغير

---

(١) حديث جابر: أخرجه ا' .سنن. ٠/١١٧ وقال: هذا وهم، والصواب عن الأوزاعي عن إبراهيم بن مرة، عن عطاء، عن النبيّ ﷺ مرسل، ونقل عن أبي علي النيسابوري وسئل عن حديث شعيب بن إسحاق هذا فقال: لم يسمعه الأوزاعي عن عطاء، والحديث في الأصل مرسل لعطاء، وإنما رواه الثقات عن الأوزاعي عن إبراهيم بن مرة، عن عطاء، عن رسول الله ﷺ مرسلاً. ونقل عن الدارقطني قال: الصحيح مرسل، وقول شعيب وهم، وذكره الأثرم لأحمد بن حنبل فأنكره. وإن صحّ ذلك فكأنه وضعها في غير كفؤ فخيرها النبيّ ﷺ، وأخرجه الدارقطني: ٣/ ٢٣٣.

(٢) حديث عائشة، استأمروا النساء في أبضاعهنّ، قيل: فإن البكر تستحي، قال: سكوتها إقرارها. أخرجه ابن حبان (٤٠٨٠) وعند البخاري: يا رسول الله. يستأمر النساءُ في أبضاعهن؟ قال: نعم، قلت: فإن البكر تستأمر؟ فتسكت، قال: سكاتها إذنها.

أخرجه البخاري في الإكراه (٦٩٤٦) والحيل (٦٩٧١). ومسلم في النكاح (١٤٢٠) والنسائي: ٦/ ٨٥ ـ ٨٦ وأحمد: ٦/ ١٦٥ والبيهقي: ٧/ ١١٩ و١٢٢ ـ ١٢٣ والبغوي (٢٢٥٥).

(٣) حديث ابن عباس، سبق تخريجه.

رضاها، كالأمة وكالبكر الصغيرة. ولأن ما استحق بالولاية في نكاح الصغيرة، استحق بالولاية في نكاح الكبيرة، قياساً على طلب الكفاءة، ولما ذكره الشافعي: من أنه لو لم يكن له تزويجها جبراً في الكبر، لما كان له تفويت بضعها في الصغر، كالطفل يقتل أبوه لما لم يكن لوليه تفويت خياره عليه في القود أو الدية بعد البلوغ، لم يكن له تفويت عليه قبل البلوغ، وكان القاتل محبوساً حتى يبلغ فيختار أحد الأمرين.

فإن قيل: فهذا يبطل بالصبي، فإن للأب أن يجيزه على النكاح قبل البلوغ، وليس له إجباره بعد البلوغ. قلنا: ليس في تزويج الابن تفويت، لما يقدر على استدراكه، لأنه يقدر على الطلاق إن شاء، وله أن يتزوج غيرها من النساء، والثيب لا تقدر على خلاص نفسها من عقد الأب إن لم يشأ.

وأما خبر عائشة[1]، فهو محمول على الثيب دون البكر، تخصيصاً بما ذكرنا.

وأما قياسهم على الثيب فالمعنى فيها: أنه لما لم يجز للأب قبض صداقها إلا بإذنها، لم يجز له عقد نكاحها إلا بإذنها. ولما جاز للأب قبض صداق البكر بغير رضاها عند أبي حنيفة، وهو أحد قولي الشافعي، جاز له أن يعقد نكاحها بغير رضاها، لأن التصرف في المبدل كالتصرف في البدل.

وأما قياسهم على الرجل، فالمعنى فيه: أنه لما لم يكن للأب أن يعترض عليه في نكاحه، لم يكن له أن يجبره عليه، وليس كذلك البكر.

فصل: وإذا ثبت أن للأب إجبار البكر على النكاح صغيرة وكبيرة، فكذلك الجد وإن علا. وقال ابن أبي ليلى وأحمد بن حنبل: ليس الإجبار إلا للأب دون الجد، وقال مالك: للجد إجبار الصغيرة كالأب، وليس له إجبار الكبيرة بخلاف الأب.

وفرقا بين الأب والجد: بأن الجد يملك الولاية بوسيط كالأخوة، وهذا خطأ، لقوله تعالى: ﴿مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ﴾[2] فسمّاه أباً، فوجب إجراء حكم الأب عليه، وإن خالفه في الاسم. ولأنه لما ثبتت ولاية الجد على الأب، فأولى أن تثبت على من يلي عليه الأب. ولأنه لما ساوى الجد الأب في الولاية على مالها، ساواه في الولاية على نكاحها، وبهذا فرق بينه وبين العصبات.

(١) حديث عائشة: «استأمروا النساء في أبضاعهنّ».

(٢) سورة الحج، الآية. ٧٨.

فصل: فأما حال البكر مع غير الأب والجد من الأولياء كالأخوة والأعمام، فلا تخلو حالها معهم من أن تكون صغيرة، أو كبيرة. فإن كانت كبيرة، لم يكن لهم إجبارها إجماعاً، وليس لهم تزويجها إلا بإذنها، والفرق بين الآباء والعصبات: أن في الآباء بعضية، ليست في العصبات فقويت بها، ولايتهم حتى تجاوزت ولاية النكاح إلى ولاية المال، فصاروا بذلك أعم ولاية من العصبات. وإن كانت البكر صغيرة، فليس لأحد من العصبات تزويجها بحال.

وقال أبو حنيفة: لجميع العصبات تزويجها صغيرة كالأب، ولها الخيار إذا بلغت بخلافها مع الأب وقال أبو يوسف: لهم تزويجها ولا خيار لها، كهي مع الأب استدلالاً بقوله تعالى: ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ﴾ إلى قوله: ﴿وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ﴾[1] قال: واليتيمة من لا أب لها من الصغار، والذي كتب لها صداقها، فدل على جواز نكاح غير الأب لها. ولأن كل من جاز له تزويجها في الكبر، جاز له أن ينفرد بتزويجها في الصغر كالأب. ولأنه لما استوى الآباء والعصبات في إنكاح الثيب، وجب أن يستووا في إنكاح البكر.

ودليلنا: حديث قدامة بن مظعون: أنه زوج ابنة أخيه بعبد الله بن عمر، وردَّ رسولُ الله ﷺ نكاحه فقال: إنني عمُّها، ووصيُّ أبيها، فقال رسول الله ﷺ: «**إنها يتيمَةٌ وإنّها لا تزوَّجُ إلا بإذْنها**»[2] فلم يجعل له تزويجها إلا بعد البلوغ.

ومن القياس: أن كل من يملك قبض صداقها لم يملك عقد نكاحها، كالعم مع الثيب طرداً، وكالسيد مع أمته عكساً. ولأنها ولاية تثبت للأب في الصغيرة من غير تولية، فوجب أن يختص بها من بين العصبات كولاية المال. ولأن النكاح إذا لم ينعقد لازماً، كان فاسداً كالمنكوحة في العدة. ولأن النكاح لا ينعقد، بخيار التحكم والاقتراح قياساً على خيار الثيب.

فأما الآية، فتحمل على إنكاحها قبل اليُتمِ، أو على إنكاح الجد لها، لأن اليتم يكون بموت الأب وإن كان الجد باقياً.

وإما قياسهم على الأب، فالفرق بينهما في الولاية ما قدمناه في الإجبار.

---

(١) سورة النساء، الآية: ١٢٦.

(٢) سبق تخريجه.

وإما جمعهم بين البكر والثيب فمردود بافتراقهما في قبض الصداق والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ومثله حديثُ خنساء بنت خدام زوّجها أبُوها وهي ثيِّبٌ فكرِهَتْ ذلك، فردَّ رسولُ الله ﷺ نِكَاحَهُ وفي تركِهِ أنْ يقولَ لخنساء: «إلا أن تشائِي أنْ تجيزي ما فعلَ أبوكِ» دلالة على أنها لو أجازَتْهُ ما جَازَ)[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال، النكاح الموقوف لا يصح، ولا يقع إلا على إحدى حالتين: من صحة، أو فساد سواء كان موقوفاً على إجازة الزوج، أو الزوجة أو الولي. وكذلك البيع، لا يصح أن يعقد موقوفاً على إجازة البائع أو المشتري.

وقال أبو حنيفة: يصح النكاح الموقوف على إجازة الزوج أو الزوجة أو الولي، ويصح البيع الموقوف على إجازة البائع دون المشتري.

واستدلّ بما روي أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسولَ الله، إنّ أبي ونِعْمَ الأبُ هو زوّجني بابن أخٍ له، أرادَ أن يرفَع بي خسيسَتَهُ، فخيَّرها رسولُ الله ﷺ فقالت: قد اخترْتُ ما فعلَ أبي، وإنما أردْتُ ليعلمَ النّساءُ أنْ ليسَ إلى الآباء من الأمرِ شيء[٢]. فلمّا خيّرها والخيارُ لا يثبت في اللازم ولا في الفاسد، دلّ على أنه كان موقوفاً على خيارها وإجازتها. قال: ولأنه لما جاز أن تكون الوصية بما زاد على الثلث موقوفة على إجازة الوارث، واللقطة إذا تصدق بها الواحد موقوفة على إجازة المالك لكون المجيز لهما موجوداً، جاز أن يكون النكاح موقوفاً على إجازة من يكون في حال الوقف موجوداً.

وتحريره قياساً أن كل ما كان مجيزه موجوداً، جاز أن يكون على إجازته موقوفاً كاللقطة والوصية. قال: ولأنه لما جاز أن يكون موقوفاً على الفسخ، جاز أن يكون موقوفاً على الإجازة.

وتحريره قياساً: أنه أحد نوعي الاختيار، فجاز أن يكون العقد موقوفاً عليه كالفسخ قال: ولأن حال العقد بعد كماله أقوى من حاله قبل كماله، فلما جاز أن يكون قبل كماله

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٤. والحديث أخرجه البخاري في النكاح (٥١٣٨) من طريق مالك: ان اباها زوّجها وهي ثيّب، فكرهت ذلك، فأتت رسول الله ﷺ، فردّ نكاحها. و(٥١٣٩) و(٦٩٤٥) و(٦٩٦٩). والنسائي: ٦/ ٨٦ والبيهقي: ٧/ ١١٩ وسعيد بن منصور (٥٦٦) و(٥٦٧) والدارقطني: ٣/ ٢٣١ وأحمد: ٦/ ٣٢٨.

(٢) سبق تخريجه. والمشهور ؛ فردّ نكاحها.

موقوفاً بعد البدل على إجازة القبول، فأولى أن يكون بعد كماله موقوفاً على الإجازة. وتحريره: أنه أحد حالي العقد، فجاز أن يكون موقوفاً على الإجازة كالحال الأولى.

ودليلنا: حديث عائشة أن النبي ﷺ قال: «**أَيُّما امرأةٍ نكحَتْ بغير إذْنِ وليِّها فنكاحُها باطل**»[(١)] الخبر. فلو صح بالإجازة لوقفه على إجازة الولي، ولما حكم بإبطاله. وحديث خنساء بنت خدام: أنَّ أباها زوجها وهي ثَيِّبٌ فكرِهَتْ، فردَّ رسول الله ﷺ نكاحها[(٢)] ولم يقل إلا أن تجيزي ما فعل أبوك، مع حثه على طاعة الآباء، فدل على أنها لو أجازت لم يجز. ولأن عقد المنكوحة إذا لم تصر المرأة به فراشاً كان فاسداً، كالمنكوحة في ردة أو عدة. وقد قال أبو حنيفة: إنها لو جاءت في النكاح بولد لستة أشهر لم يلحق به. ولأن ما انتفت عنه أحكام النكاح من الطلاق والطهارة والتوارث، لم يكن، نكاحاً كالمتعة. وقد قال أبو حنيفة: «إنه لا يلحقها في زمان الوقف طلاق ولا ظهار ولا توارث»، ولأن ما افتقر إليه عقد النكاح كان تأخيره عن العقد مبطلاً للنكاح كالشهادة.

ولأن اشتراط لزوم النكاح إلى مدة أقوى من اشتراط لزومه بعد مدة، لأن من العقود ما ينعقد إلى مدة كالإجارة، وليس منها ما ينعقد بعد مدة، فلما بطل باشتراط لزومه إلى مدة كقوله: تزوجها شهراً، كان أولى أن يبطل باشتراط لزومه بعد مدة، كقوله: تزوجها على إجازتها، لأنه إذا بطل بما له في الصحة نظير فأولى أن يبطل بما ليس له في الصحة نظير.

ولأن النكاح إذا اعتبر لزومه بشرط متيقن بعد العقد، كان أقوى وأوكد من اعتبار لزومه بشرط يجوز بعد العقد، وقد ثبت أنه لو قال: قد تزوجتك الآن إذا أهل شهر رمضان، كان العقد فاسداً، فأولى إذا تزوجها على مدة إجازتها أن يكون العقد فاسداً، لأنه إذا بطل في أقوى الحالين، كان بطلانه في أضعفهما أولى.

فأما الخبر الذي استدلوا به فضعيف، والمشهور من الرواية: فردَّ نكاحها ولم يخيِّرْها. ولو سلمنا أنه خيَّرها، لكان محمولاً على وقت الفسخ، لا وقت الإمضاء، لأن أباها قد كان زوجها بغير كفء.

وأما استدلالهم بوقف الوصية والتصدق باللقطة. فالوصية يجوز وقفها لجوازها بالمجهول والمعدوم، وليس كالنكاح والبيع الباطلين على المجهول والمعدوم. وأما

---

(١) سبق تخريجه

(٢) سبق تخريجه.

التصدق باللقطة فلا يجوز وقفه، بل إن لم يتملك اللقطة كانت في يده أمانة لا يجوز أن يتصدق بها، وإن تملكها فتصدق بها كانت على نفسه، وإذا لم يسلم الأصل بطل القياس.

وأما استدلالهم بجواز وقف النكاح على الفسخ فكذلك على الإجازة فباطل، لأن الموقوف على الفسخ قد تعلقت عليه أحكام النكاح، فصحّ والموقوف على الإجازة قد انتفت عنه أحكام النكاح، فبطل.

وأما استدلالهم بوقفه بعد البذل وقبل القبول فغير صحيح، لأنا نمنع من وقف العقد وهو قبل تمامه بالبذل والقبول ليس بعقد، فلم يجز أن يستدل بوقف ما ليس بعقد يلزم على وقف عقد يلزم. والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وله اسْتِئْمَارُ الْبِكْرِ على استطابَةِ النَّفْسِ. الفصل)[1].

قال الماوردي: فأما الثيب فاستئذانها واجبٌ، لأنها أحق بنفسها من وليها وإذنها يكون بالقبول الصريح. وأما البكر فيلزم غير الأب والجد أن يستأذنها، لأنه لا يجوز لغير الأب والجد إجبارها، ولا يلزم الأب والجد أن يستأذنها سواء كانت صغيرة أو كبيرة، لأنه يجوز له إجبارها.

وقال أبو حنيفة وداود: يلزم استئذانها، استدلالاً بقوله ﷺ: «**البكرُ تستأذِنُ في نفسِها وإذنُها صُماتها**»[2].

والدليل على أن استئذان الأب لها لا يجب وإنما يستحب: ما قدمناه من جواز إجبارها على النكاح صغيرة وكبيرة. وما رواه صالح بن كيسان، عن نافع بن جبير عن ابن عباس أن النبيّ ﷺ قال: «**ليس للوليِّ مع الثيِّبِ أمرٌ، واليتيمةُ تستأمِرُ وصماتُها إقرارُها**»[3]. فلما خص اليتيمة بالاستئمار وهي التي لا أب لها، دلّ على أن ذات الأب لا يلزم استئمارها. فأما قوله: «**تستأمرُ في نفسها**» فيحملُ مع غير الأب على الإيجاب، ومع الأب على الاستحباب، كما أمر الله تعالى نبيه ﷺ بمشاورة أمته، فقال تعالى: ﴿**وَشَاوِرْهُمْ فِي**

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٤. واللفظ: «والاستئمار للبكر على استطابة النفس».

(٢) سبق تخريجه.

(٣) حديث ابن عباس: سبق تخريجه.

الأمْرِ﴾[١] لا على أن لأحد ردّ ما رأى رسول الله ﷺ[٢]. قال الشافعي: ولكن على استطابة أنفسهم وليقتدوا بسنته فيهم[٣].

واختلف فيما أمر بمشاورتهم فيه. فقال قوم: في الحرب ومكايدة العدو خاصة. وقال آخرون: في أمور الدنيا دون الدين، وقال آخرون: في أمور الدين تنبيهاً لهم على علل الأحكام وطريق االاجتهاد. وقد روي أن النبيّ ﷺ أمر نعيماً أن يؤامِرَ أمَّ ابنتِهِ[٤] وقال: «وآمِرُوا النِّساء في بناتِهِن»[٥] وإنما ذلكَ على استطابةِ أنفسهنَّ لا على الوجوب.

فصل: فإذا ثبت أن استئمار الأب لابنته البكر استحباباً فإذنها يكون بالصمت دون النطق، بخلاف الثيب لقوله ﷺ «وصماتُها إقرارُها»[٦]. وروى ثابت البُنَانِي، عن أنس أن النبيّ ﷺ كان إذا خُطِبَ إليه إحدى بناته، دنَا من الخُدُور وقال: إنَّ فلاناً خطبَ فلانةَ، فإنْ هيَ رضِيَتْ به سكتَتْ فكانَ سكوتُها رضَاها، وإنْ هيَ أنكرَتْ طعنَتْ في الخَدْرِ فكانَ ذلك منها إنكاراً فلا يزوِّجُها[٧].

ولأن البكر أكثر حذراً وتحذراً من الثيب، فهي تستحي مما لا تستحي منه الثيب من التصريح بالرغبة في الأزواج، فجعل سكوتها إذناً ورضاً، ولم يجعل إذن الثيب إلا نطقاً، فأمّا من عدا الآباء من الأولياء مع البكر فعليهم استئمارها، لأنه لا يجوز لهم إجبارها، وإذنها معهم الصمت، كإذنها مع الأب.

وقال بعض أصحابنا: إذنها بالنطق الصريح كالثيب، بخلافها مع الأب، لأنها لما كانت معهم في وجوب الاستئمار كالثيب وجب أن يكون إذنها نطقاً صريحاً كالثيب. وهذا خطأ، لما قدمناه من عموم الأخبار، ولما قد ذكرناه من كثرة الاستحياء، ولعل حياءها مع غير الأب أكثر لقلة مخالطتها، فكان إذنها معهم بأن يكون صمتاً أولى. وهكذا السلطان مع

---

(١) سورة آل عمران، الآية: ١٥٩.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٦٤.

(٣) مختصر المزني، ص: ١٦٤. وزاد: وقد أمر نعيماً أن يؤامر ابنته.

(٤) مختصر المزني، ص: ١٦٤. وسبق تخريجه.

(٥) حديث ابن عمر، أخرجه البيهقي: ٧/ ١١٥ وأحمد: ٢/ ٣٤.

(٦) سبق تخريجه.

(٧) حديث أنس، قال الهيثمي: ٤/٢٧٨، رواه الطبراني في الأوسط وفيه عبد العزيز بن الحصين وهو ضعيف. ومن طريق أبي هريرة عند البزار، والطبراني من طريق ابن عباس. وأخرجه عبد الرزاق (١٠٢٧٧) و(١٠٢٧٨) و(١٠٢٧٩) عن المهاجر بن عكرمة.

البكر كالعصبات إذا فُقِدوا، لا يزوجها إلا بعد بلوغها بإذنها، وإذنها معه الصمتُ وسواء كانت البكر ممن قد تزوجت مرة وطلقت قبل الدخول، أو لم تتزوج قط، إذا كانت البكارة باقية فحكمها ما ذكرناه مع الأب.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وروى الحسنُ، عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «لا نِكاح إلا بوليٍّ وشاهدَيْ عَدْلٍ». وقال المزني، ورواه الشافعيُّ عن عمران بن حُصَين، عن النبيّ ﷺ)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح، الشهادة في النكاح شرط في صحته وبه قال من الصحابة: عمر، وعبد الله بن عباس، ومن التابعين: سعيد بن المسيب، والحسن البصري، والنخعي، ومن الفقهاء: أبو حنيفة، والثوري، وأحمد بن حنبل.

وقال داود: الشهادة في النكاح غير واجبة وبه قال من الصحابة: علي بن أبي طالب، وعبد الله بن الزبير، ومن الفقهاء: مالك، وأبو ثور. غير أن مالكاً جعل الإشادة به، وترك التواصي بكتمه شرطاً في صحته.

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾[٢] فكان على عمومه وبما رواه عباد بن سنان أن رسول الله ﷺ قال: «ألا أنكحُكَ أميمة بنت ربيعة بن الحارث؟» قال: بلى، قال: «قد أنكحتُكَها ولم يشهَدْ»[٣] وبما روي أنَّ علياً زوّج بنته أم كلثوم من عمَر ولم يشهَدْ[٤].

ولأن العقود نوعان: عقد على عين كالبيع، وعقد على منفعة كالإجارة. وليست الشهادة شرطاً في واحد منهما، فكان النكاح ملحقاً بأحدهما واستدل مالك خصوصاً في وجوب الإشادة بما روي أن النبيّ ﷺ قال: «أَعْلِنُوا هذا النِّكاح واضربُوا عليه بالدَّفِّ»[٥]

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٤. وفيه: ورواه غير الشافعي عن الحسن، عن عمران بن الحصين عن النبيّ ﷺ. وعند البيهقي: ٧/ ١٢٥ قال: إنما رواه هكذا عبد الله بن محرر، عن قتادة، عن الحسن، عن عمران بن الحصين، وعبد الله بن محرر متروك لا يحتجّ به.

(٢) سورة النساء، الآية: ٣.

(٣) نقله ابن حجر في الإصابة: ٢/ ٢٦٥ عن ابن مندة.

(٤) أخرجه البيهقي: ٧/ ١١٤ وليس فيه: «ولم يشهد».

(٥) حديث عائشة: أخرجه الترمذي في النكاح (١٠٨٩) بلفظ: «أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد، واضربوا عليه بالدفوف». قال الترمذي: هذا حديث غريب حسن. وفي سنده عيسى بن ميمون يضعّف في

وبما روي عن النبيّ ﷺ: أنه نهى عن نِكاح السِّرّ[١].

ودليلنا: ما رواه الحسنُ، عن عمران بن الحصين، عن النبي ﷺ أنه قال: «لا نكاحَ إلا بوليٍّ وشاهِدَيْ عدلٍ»[٢]. وروى ابن مسعود، وأنس عن النبيّ ﷺ أنه قال: «لا نِكَاحَ إلا بوليٍّ وشاهدَيْنِ»[٣]. وروى هشام بن عروة، عن أبيه أن النبي ﷺ قال: «لا بدَّ في النِّكاحِ من أربعةٍ: زوْج، ووليٍّ، وشاهدي عدلٍ»[٤].

ولأن عقد النكاح لما خالف سائر العقود في تجاوزه عن المتعاقدين إلى ثالث هو الولد الذي يلزم حفظ نسبه، خالفهما في وجوب الشهادة عليه حفظاً لنسب الولد الغائب لئلا يبطل نسبه بتجاحد الزوجين، وفي هذا انفصال عما ذكروه من الاستدلال في إلحاقة: أما بعقود الأعيان، أو بعقود المنافع.

فأما الجواب عن الآية[٥]: فهو أن المقصود بيان من يستباح من المنكوحات، ولم ترد في صفات النكاح.

وأما الجواب عن تزويج النبي ﷺ آمنة بنت ربيعة ولم يشهد[٦]، وتزويج علي بنته أم كلثوم بعمر بن الخطاب ولم يشهد[٧]، فهو جواب واحد: وهو أنه حضر العقد شهود لم يقل لهم أشهدوا، إذ يبعد أن يخلو مجلس رسول الله ﷺ في حل بروزه من حضور نفسين فصاعداً، وكذلك حال عمر مع علي، عليهما السلام لا يخلو أن يحضره نفسان. وإذا حضر العقد شاهدان بقصدٍ أو اتفاقٍ، صحَّ العقد بهما وإن لم يقل لهما اشهدا. فلم يكن في الخبر

= الحديث، وابن ماجة في النكاح (١٨٩٥) بلفظ: «واضربوا عليه بالغربال»، وفي إسناده، أبو الهيثم العدوي خالد بن إلياس اتفقوا على ضعفه، ونسبه الحاكم إلى الوضع، والبيهقي: ٧/ ٢٩٠ وضعّفه.
والحديث الصحيح في هذا الباب ما أخرجه ابن حبان في النكاح (٤٠٦٦) عن عامر بن عبد الله بن الزبير عن أبيه مرفوعاً بلفظ: أعلنوا النكاح. أخرجه أحمد: ٤/ ٥ والحاكم: ٢/ ١٨٣ ووافقه الذهبي على تصحيحه، والبيهقي: ٧/ ٢٨٨.

(١) أخرجه أحمد: ٤/ ٧٨ ونسبه الهيثمي: ٤/ ٢٨٥ إلى الطبراني.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) حديث عروة، سبق تخريجه.

(٥) الآية: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾ سورة النساء، الآية: ٣.

(٦) تقدّم تخريجه.

(٧) سبق تخريجه.

دليل، لأن قول الراوي «ولم يشهد»، أي: لم يقل لمن حضر اشهد. وكيف يصح ذلك عن عمر، وقد روي عنه أنه ردَّ نكاحاً حضرَه رجلاً وامرأة وقال: هذا نِكاحُ السِّرِّ ولا أجيزُهُ ولو تقدَّمْتَ فيه لرجمْتُ[1]، وفيه تأويلان:

أحدهما: يعني، لو تقدمت فيه فخولفت.

والثاني: يعني لو تقدمت بالواجب وتعديت إلى ما ليس بجائز لرجمت.

وأما استدلال مالك بقوله عليه السلام: «أعلِنُوا هذا النِّكاحَ واضربُوا عليه بالدف»[2] فعنه جوابان:

أحدهما: أن إعلان النكاح يكون بالشهادة، وكيف يكون مكتوباً ما شهد به الشهود، أم كيف يكون معلناً ما خلا من بينة وشهود؟.

والجواب الثاني: أنه يحمل إعلانه على الاستحباب، كما حمل ضرب الدف على الاستحباب دون الإيجاب لمن كان في ذلك العصر، وإن كان في عصرنا غير محمول على الاستحباب ولا على الإيجاب.

وأما نهيه عن نكاح السر، فهو النكاح الذي لم يشهده الشهود، ألا ترى أن عمر رد نكاحاً حضره رجل وامرأة وقال: هذا نِكاحُ السِّرِّ ولا أجيزه،[3] وقال الشاعر:[4]

وسـرّك مـا كـان عنـد امـرىء   وسـر الثـلاثـة غيـر الخفـي

فصل: فإذا ثبت وجوب الشهادة في النكاح وأنها شرط في صحته، فلا ينعقد إلا بشاهدين، ولا ينعقد بشاهد وامرأتين. وقال أبو حنيفة: ينعقد بشاهد وامرأتين، استدلالاً بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾[5] فكان على عمومه، ولأنه عقد معاوضة فصحَّ بشاهد وامرأتين كسائر العقود.

---

(١) الأثر عن عمر، أخرجه مالك في الموطأ: ٢/٥٣٥ والشافعي في مسنده: ٢/١٢ والبيهقي: ٧/١٢٦ وعبد الرزاق (١٠٤٨٥).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) هو الشاعر قثم بن خبيئة المعروف بالصلتان العبدي. راجع الشعر والشعراء. ٤٠٨

(٥) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنكُمْ﴾[(١)] فلما أمر، في الرجعة بشاهدين وهي أخف حالاً من عقد النكاح، كان ذلك في النكاح أولى. وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا نكاحَ إلا بوليٍّ وشاهدين»[(٢)].

فإن قيل: فإذا جمع بين المذكر والمؤنث، غلب في اللغة لفظ المذكر على المؤنث، فلم يمنع جمع الشاهدين من أن يكون شاهداً وامرأتين. قيل: هذا وإنْ صحّ في الجمع بين المذكر والمؤنث، فلفظ التثنية يمنع من حمله على الجمع، لأن من أهل اللغة من يحمل الجمع على التثنية، وليس فيهم ولا في الفقهاء من يحمل التثنية على الجمع. فإن حمله على شاهد وامرأة، خالف مذهبه وقول الأمة. وإن حمله على شاهد وامرأتين، خالف لفظ التثنية إلى الجمع.

ولو أن رجلاً قال: رأيت رجلين، وقد رأى رجلاً وامرأتين، لم يصدق في خبره فبطل ما تأوله. ومن القياس: أن الفروج لا يسوغ فيها البدل والإباحة، فلم يستبح بشهادة النساء كالقصاص. ولأن ما خص من بين جنسه بشاهدين لم يجز أن يكونا ولا أحدهما امرأة، كالشهادة على الزنا. ولأن من لم يكونوا من شهود النكاح بانفرادهم، لم يكونوا من شهوده مع غيرهم كالعبيد والكفار.

وأما الآية[(٣)] فمحمولة على الأموال لتقدم ذكرها، ولتخصيص عمومها بما ذكرناه، وأما القياس على سائر العقود فمردود بما فرق الشرع بينهما في وجوب الشهادة. والله أعلم.

فصل: فإذا تقرر أن عقد النكاح لا يصح إلا بشاهدين من الرجال دون النساء، فلا يصح حتى يكونا عدلين، وقال أبو حنيفة: يصح بفاسقين. استدلالاً بأن حضورهما للعقد إنما هو حال تحمل الشهادة، وعدالـة الشهود إنما يراعى وقت الأداء لا وقت التحمل. ألا ترى أنه لو تحمل الشهادة صبي ثم بلغ أو عبد ثم أعتق، أو كافر ثم أسلم، قبلت شهادتهم اعتباراً بحالهم وقت الأداء لا وقت التحمل، كذلك شهادة الفاسقين.

وتحريره: أنه تحمل شهادة على عقد، فجاز أن يصح من الفاسق قياساً على سائر

---

(١) سورة الطلاق، الاية: ٢.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) الآية: ﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

العقود، ولأن من كان شرطاً في عقد النكاح لم يراع فيه العدالة كالزوجين. ولأنه لما صح عقد النكاح بشهادة عدوين لا تقبل شهادتهما على الزوجين، صح أن ينعقد بشهادة فاسقين.

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾[1] فلما شرط العدالة في الشهادة على الرجعة وهي أخف، كان اشتراطها في النكاح المغلظ أولى. وروى الحسن عن عمران بن الحصين، أن النبيّ ﷺ قال: «لا نِكَاح إلا بوليٍّ وشاهدي عدل»[2]. ورواه ابن عباس وعائشة.

ولأن كل موضع وجبت فيه الشهادة، اعتبرت فيه العدالة كالحقوق. ولأن كل نقص يمنع من الشهادة في الأداء، وجب أن يمنع انعقاد النكاح بها كالرق والكفر. ولأن كل ما لم يثبت بشهادة العبدين، لم يثبت بشهادة الفاسقين كالأداء.

فإما استدلاله بأن حضور العقد حال تحمل لا يراعى فيه العدالة، فخطأ، لأن الشهادة في عقد النكاح إن كانت تحملاً فهي تجري مجرى الأداء من وجهين:

أحدهما: وجوبها في العقد كوجوبها في الأداء.

والثاني: أنه يراعي فيه حرية الشهود وإسلامهم وبلوغهم، كما يراعى في الأداء وإن لم يراع في تحمل غيره من الشهادات، فكذلك الفسق.

وأما الجواب عن قياسه على فسق الزوجين: فهو أن العدالة تراعى في الشاهدين، وإن لم تراع في العاقدين. ولأنه لما روعي حرية الشاهدين، وإن لم يراع حرية الزوجين، كذلك فسق الشاهدين.

وأما قياسه على شهادة العدوين، فمذهبنا في انعقاد النكاح بهما ما نذكره من اعتبار حالهما. فإن كانا عدوين لأحد الزوجين دون الآخر، انعقد النكاح بهما، لأن شهادتهما في الأداء قد تقبل على من ليسا له عدوين. وخالفا الفاسقين، إذ لا تقبل شهادتهما لأحد الزوجين بحال. فإن كانا عدوين للزوجين معاً، ففي انعقاد النكاح بهما وجهان لأصحابنا:

أحدهما: لا ينعقد كالفاسقين، لأن الأداء لا يصح منهما على حد الزوجين بحال.

والوجه الثاني: وهو ظاهر ما نص عليه الشافعي في كتاب الأم: أن النكاح بهما ينعقد، وإن لم يصح منهما أداؤه، بخلاف الفاسقين[3].

---

(١) سورة الطلاق، الآية: ٢. (٢) سبق تخريجه. (١) راجع قول الشافعي في الأم: ٥/ ٢٢.

والفرق بينهما: أن الفاسقين لا يصح منهما أداء هذه الشهادة، ولا أداء غيرها من الشهادات، وليس كالعدوين اللذين إن لم يصح منهما أداء هذه صح منهما أداء غيرها من الشهادات. وهكذا لو كان ابني الزوجين كانا كالعدوين، لأن شهادة الولد لوالده مردودة، كما أن شهادة العدو على عدوه مردودة.

فإن كانا ابني أحد الزوجين، انعقد النكاح بهما لا مكان أداء الشهادة لأحدهما. وإن كان أحدهما ابن الزوج، والآخر ابن الزوجة، ففي انعقاد النكاح بهما الوجهان الماضيان. ومن أصحابنا من منع من انعقاد النكاح بهما بكل حال، وفرق بينهما وبين العدوين: بأن فيهما بعضية لا تزول، وليست كالعداوة التي قد تزول، والله أعلم بالصواب.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (واحتجَّ الشافعي بابنِ عباسٍ أنه قال: لا نِكاحَ إلا بوليٍّ مرشدٍ وشاهدَيْ عدل)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال، رشد الولي في النكاح شرطٌ في صحة عقده. فإن كان الولي فاسقاً بطل عقده على الظاهر من مذهب الشافعي والمشهور من قوله. وسواء كان ذلك الولي ممن يجبر على النكاح كالأب، أو ممّن لا يجبر كالعصبات.

وقال أبو إسحاق المروزي: إن كان الولي ممن يجبر كالأب بطل عقده بالفسق، وإن كان ممن لا يجبر كالعصبات لم يبطل عقده بالفسق، لأنه يكون مأموراً كالوكيل. وقال أبو حنيفة: فسق الولي لا يبطل عقده، وبه قال بعض أصحاب الشافعي، وحكاه قولاً عنه. استدلالاً بعموم قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾[2]. ولأن من تعين في عقد النكاح، لم تعتبر فيه العدالة كالزوج. ولأن كل من جاز أن يقبل النكاح لنفسه، جاز أن يلي على نكاح غيره كالعدل. ولأنه لما جاز للفاسق تزويج أمته، جاز له تزويج وليته، ولأنه لما جاز أن يكون الكافر ولياً في نكاح ابنته، فأولى أن يكون الفاسق ولياً في نكاح ابنته.

ودليلنا: ما رواه سعيد بن جبير عن ابن عباس، قال: قال رسول الله ﷺ: «لاَ نِكَاحَ إلا بوليٍّ مرشدٍ وشاهِدَيْ عدلٍ، وأيّما امرأة نكحها وليٌّ مسخوطٌ عليه فنكاحُها باطِل»[3]. وروي عن سعيد، عن ابن عباس موقوفاً عليه.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٤. وسبق تخريج الحديث. وهو في مسند الشافعي: ٢/ ١٢ والبيهقي: ٧/ ١٢٤.
(٢) سورة النور، الآية: ٣٢.
(٣) سبق تخريجه.

فإن قيل: فقوله «مرشد» ولم يقل «رشيد» يقتضي أن يوجد منه فعل الرشد في غيره، وإن كان غير موجود في نفسه، وهو إذا زوجها بكفء كان مرشداً، وإن لم يكن رشيداً.
قيل: هذا تأويل يفسد من وجهين:

أحدهما: أنها صفة مدح يتعدى عنه إلى غيره، ومن ليس برشيد لا يتوجه إليه مدح، ولا يتعدى عنه رشد.

والثاني: أن في الخبر الآخر من قوله: وأيما امرأةٌ نكحَها وليٌّ مسخوطٌ عليه فنكاحُها باطل[1] ما يبطل هذا التويل.

ولأنه نقص يمنع من الشهادة، فوجب أن يمنع من الولاية كالرق، ولأنها ولاية يمنع منها الرق، فوجب أن يمنع منها الفسق كالولاية على المال. ولأن من تولى عقد النكاح في حق غيره، منع الفسق من عقده كالحاكم.

وأما الجواب عن الآية[2]، فهو أنها خطاب، إما للأزواج فلا يكون فيها دليل، أو للأولياء، وليس الفاسق بولي.

وأما قياسه على الزوج: فالمعنى في الزوج أنه يتولاه في حق نفسه فلم يعتبر رشده، كما لم يعتبر حريته وإسلامه، والولي يتولاه في حق غيره، فاعتبر رشده كما اعتبرت حريته وإسلامه.

وأما قياسه على العدل: فالمعنى في العدل أنه لما صحت ولايته على المال صحت ولايته على النكاح.

وأما استدلالهم بعقد الفاسق على أمته، فالمعنى فيه: أنه يعقده في حق نفسه. ألا تراه يملك المهر دونها، فلم تعتبر فيه العدالة كالزوجين والولي يعقده في حق غيره فاعتبرت فيه العدالة؟.

وأما ولاية الكافر، فلأنه عدل في دينه، ولو كان فاسقاً في دينه وبين أهل ملته أبطلنا ولايته، فكذلك الفاسق في ديننا.

فصل: فإذا ثبت أن ولاية الفاسق في النكاح باطلة، فالولاية تنتقل إلى من هو أبعد

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) الآية: ﴿وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين﴾، سورة النور، الآية: ٣٢.

منه، فإن زال فسقه عادت الولاية إليه، وانتقلت عمن هو أبعد منه. فلو زوجها الأبعد بعد عدالة الأقرب، فإن كان عالماً بعدالة الأقرب أو علمت الزوجة بها، أو الزوج، كان النكاح باطلاً، وإن لم يعلم واحد منهم بعدالة الآخر حتى عقد العقد، ففيه وجهان:

أحدهما: باطل.

والثاني: جائز، بناء على اختلاف الوجهين في الوكيل إذا عقد بعد عزل موكله وقبل علمه.

فصل: فلو أن هذا الولي الفاسق وكل وكيلاً عدلاً كانت وكالته باطلة، لأنه بالفسق قد زالت عنه الولاية، فلم تصح منه الوكالة. ولكن لو كان الولي عدلاً فوكل وكيلاً فاسقاً، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يجوز، لأنه لما أبطل الفسق ولاية الولي مع قوتها كان أولى أن يبطل ولاية الوكيل مع ضعفها.

والوجه الثاني: يجوز ويصح عقده، لأنه مأمور والولي من ورائه لاستدراك زلله.

والوجه الثالث: أنه إن كان وكيلاً لولي يجبرها على النكاح، كالأب بطلت وكالته بفسقه، لأنه لا يلزمه استئذانها فصارت ولاية تفويض وإن كان وكيلاً لمن لا يجبرها على النكاح صحت وكالته، لأنه لا يعقد إلا عن استئذانها.

فصل: فلو كان الولي أعمى، ففي صحة ولايته وجواز عقده وجهان: أهدهما: وهو قول ابن أبي هريرة: لا تصح ولايته، لأن العمى يمنعه من طلب الحظ لوليته.

والوجه الثاني: أن ولايته ثابتة وعقده صحيح، لأن شعيباً زوج موسى بابنته وكان ضريراً[1]. ولأنه قد يصل إلى معرفة الخطباء بالبحث والسؤال، لأن معرفة الحظ لا يوصل إليه بالمشاهدة والعيان.

فإن قيل: بهذا الوجه صح عقده وتوكيله وإن قيل بالوجه الأول: أنه لا يصح عقده، فهل يصح توكيله فيه أم لا؟ على وجهين:

---

(١) حديث ابن عباس، أخرجه الحاكم: ٢/٥٦٨ في قوله تعالى: ﴿وإنّا لنراك فينا ضعيفاً﴾ قال: كان شعيب أعمى.

أحدهما: لا يصح توكيله، لأنه لما لم يصح منه مباشرته كان بأن لا تصح منه الاستنابة فيه أولى.

والوجه الثاني: يصح منه التوكيل فيه، وإن لم تصح منه المباشرة له بنفسه كبيعه وشرائه، لا يصح منه أن يتولاه بنفسه، ويصح منه أن يوكل فيه.

فصل: وإن كان الولي أخرس، ففي صحة ولايته وجواز عقده وجهان:

أحدهما: أن ولايته باقية وعقده صحيح، لأنه قد يصل إلى معرفة الحظ، وقد تقوم إشارته فيه مقام النطق، كما يقوم مقامه في حق نفسه، فعلى هذا يصح منه أن يتولاه بنفسه، وأن يوكل فيه.

والوجه الثاني: لا يصح منه العقد، لأن إشارته محتمله. وإذا أقيمت في حق نفسه للضرورة مقام نطقه، لم تدع الضرورة إلى ذلك في حق غيره.

فعلى هذا، لا يصح منه التوكيل وجهاً واحداً، لأن المعنى في احتمال الإشارة موجود في توكيله كوجوده في عقده، فلم يصحا منه والله أعلم.

فصل: فأما إذا كان الولي عدواً للزوجة، أو للزوج، أو لهما، فهو على ولايته وعقده صحيح، بخلاف الشهود في أحد الوجهين؛ لأن المقصود من الولي مباشرة العقد، ومن الشهود الأداء والعداوة تمنع من الأداء، ولا تمنع من العقد.

فإن قيل: فإذا كان عدواً لها وضعها في غير كفء، قيل: رشده وما يخافه في لحوق العار به يمنعه من هذا التوهم.

فصل: فإن كان الولي محجوراً عليه بالفلس، فإن قيل: إن حجره جار مجرى حجر المرض، كان على ولايته، وإن قيل: إنه يجري مجرى حجر السفيه، ففي ولايته وجهان:

أحدهما: لا ولاية له، كالسفيه.

والثاني: وهو الأصح، أنه على ولايته لأن حجره وإنْ جرى مجرى حجر السفيه في ماله لم يجر مجراه في عدالته والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وَالشُّهُودُ على العدالةِ[1] حتى يعلمَ الجرح يومَ وقعَ النكاح)[2].

---

(١) في مختصر المزني، على العدل.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٦٤.

قال الماوردي: والعدالة المعتبرة في شهود النكاح عند عقده هي عدالة الظاهر، بخلاف الشهادة في إثبات الحقوق عند الحاكم التي يراعى فيها عدالة الظاهر والباطن. والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن في إثبات الحقوق عند الحكام خصماً جاحداً، فاستكشف لأجله عن عدالة الباطن، وليس في عقد النكاح هذا المعنى فلم تعتبر إلا عدالة الظاهر.

والثاني: أن الحاكم يقدر من استبراء العدالة في الباطن على ما لا يقدر عليه الزوجان، فسقط اعتبار ذلك عنهما، وإن لم يسقط عن الحاكم.

وإذا كان كذلك فعدالة الظاهر اجتناب الكبائر والإقلال من الصغائر. فإذا عقد الزوجان نكاحاً بشاهدين لم يخل حالهما من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكونا عدلين في الظاهر والباطن، فعقد النكاح بهما صحيح لعدالة ظاهرهما، وإثباته عند الحكام جائز لعدالة باطنهما.

والقسم الثاني: أن يكونا عدلين في الظاهر دون الباطن، فعقد النكاح بهما صحيح لعدالة ظاهرهما، لكن إثباتهما عند الحكام لا يصح إلا باستبراء عدالة باطنهما، فيكشف عن عدالة الباطن وقت الأداء، لا وقت العقد فإن صحت للحاكم حكم بشهادتهما في الأداء، وإن لم تصح لم يحكم بشهادتهما في الأداء والنكاح على حاله في الصحة ما لم يظهر منهما تقدم الفسق.

والقسم الثالث: أن يكونا فاسقين فالعقد باطل. فلو ظهرت عدالتهما بعد العقد مع تقدم الفسق وقت الأداء، كان العقد على فساده.

والقسم الرابع: أن يكونا مجهولي الحال لا يعرف فيهما عدالة ولا فسق، فهما على ظاهر العدالة والنكاح بهما جائز، لأن الأصل العدالة والفسق طارىء، وهو معنى قول الشافعي: «والشهودُ على العدالة حتى يعلم الجرح يوم وقع النكاح»[1].

وإذا صح العقد بهما مع الجهالة بحالهما، لم يحكم الحاكم بهما في إثبات العقد عنده إلا بعد استبراء حالهما في الظاهر والباطن، فإذا استبرأها لم يخل حالهما بعد الاستبراء من ثلاثة أقسام:

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٤.

أحدها: أن يتبين له عدالة ظاهرهما وباطنهما، فيحكم بهما في صحة العقد وفي ثبوته.

والقسم الثاني: أن يتبين له عدالة ظاهرهما دون باطنهما، فلا يحكم بهما في ثبوت العقد، فإن شهد بعقد النكاح بهما شاهدا عدلٍ، حكم حينئذ بثبوت العقد وصحته، فيكون صحة العقد بهما بعدالة ظاهرهما، وثبوته بشهادة غيرهما.

والقسم الثالث: أن يتبين له فسقهما، فلا يخلو حال الفسق من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يتبين له وجود الفسق وقت العقد، فالنكاح باطل.

والقسم الثاني: أن يتبين له حدوث الفسق بعد العقد، فالعقد على الصحة، ولا يفسد بحدوث فسقهما، لكن لا يحكم بثبوته عنده إلا أن يشهد به عدلان أنه عقد بهما، فيحكم حينئذ بثبوته. فإن قيل: فكيف يشهد بعقد النكاح بهما عدلان غيرهما، ولو حضره عدلان غيرهما لاستغنى بهما عن غيرهما؟ قيل: قد يجوز أن يقر الزوجان عند عدلين أنهما عقدا النكاح بهذين.

والقسم الثالث: أن يتبين له فسقهما في الحال ولا يعلم تقدمه ولا حدوثه، فالنكاح على الصحة لا يحكم بفساده لجواز حدوث الفسق مع سلامة الظاهر وقت العقد، وهو معنى قول الشافعي: «حتى يعلم الجرح» وقت العقد، إذا لم يحكم بفساده لم يحكم بثبوته إلا بشهادة غيرهما.

فصل: فإذا أقر الزوجان عند الحاكم أنهما عقدا النكاح بولي مرشد وشاهدي عدل، حكم عليهما بصحة النكاح بإقرارهما، ولم يسأل عن عدالة الشاهدين ورشد الولي.

فلو تناكر الزوجان من بعد، إذا ادعى أحدهما سفه الولي وفسق الشاهدين، ألزمه صحة النكاح بسابق إقراره، ولم يؤثر فيه حدوث إنكاره. فلو قال: أنا أقيم البينة بما ادعيته من سفه الولي وفسق الشاهدين ما لم يسمع منه، لأنه إقراره على نفسه أولى من بينة أكذبها به.

فصل: وإذا تصادق الزوجان أنهما عقداه بولي وشاهدي عدل، وقال الشاهدان: بل كنا وقت العقد فاسقين، حكم بصحة النكاح بإقرار الزوجين، ولم يؤثر فيه قول الشاهدين.

ولو تصادق الزوجان أنهما كانا فاسقين فقال الشاهدان: بل كنا عدلين، حكم بإبطال

النكاح بإقرار الزوجين، ولم يلتفت إلى قول الشاهدين. فلو اختلف الزوجان، فقالت الزوجة: عقدناه بشاهدين فاسقين، وقال الزوج: بل عقدناه بشاهدين عدلين، فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: وهو قول البغداديين: أن القول قول الزوج أنهما عدلان، والنكاح صحيح لأنه مستصحب لظاهر العدالة.

والوجه الثاني: أن القول قول الزوجة أنهما فاسقان، والنكاح باطل، لأنها مستصحبة أن لا نكاح بينهما. ولو قال الزوج: كان الشاهدان فاسقين وقالت الزوجة: كانا عدلين، فالنكاح قد ارتفع بينهما بإقرار الزوج، ولكن في سقوط المهر وجهان:

أحدهما: أن المهر لا يسقط تغليباً لقول الزوجة، لاستصحابها ظاهر العدالة.

والوجه الثاني: يسقط المهر تغليباً لقول الزوج لاستصحابه أن لا عقد بينهما والله أعلم.

فصل: وإذا تصادق الزوجان أنهما تناكحا بولاية الأب، وأن الأب زوجها منه، وأنكر الأب أن يكون زوجها، فالنكاح ثابت بتصادقهما، ولا يؤثر فيه إنكار الأب أنه ما عقد بينهما، لأن الحق لهما لا للأب، فلم يؤثر فيه إنكار الأب. وهكذا لو تصادقا أنهما عقداه بشاهدين هما زيد وعمرو، فأنكر زيد وعمرو أن يكونا حضراه، فالنكاح ثابت بتصادق الزوجين، ولا يؤثر فيه إنكار الشاهدين، لأن الحق فيه للزوجين دون الشاهدين.

فصل: ولا يصح النكاح بحضور الشاهدين حتى يسمعا لفظ الولي بالبذل، ولفظ الزوج بالقبول، فيصح العقد. فإن سمعا مع البذل والقبول ذكر الصداق شهدا به وبالعقد وإن لم يسمعا ذكر الصداق شهدا بالعقد دون الصداق، ولا يجوز أن يشهدا بالصداق بظاهر الأخبار في مجلس العقد.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وإنْ كانَتْ صغيرةً ثيباً، أُصِيْبَتْ بنكاحٍ أو غيره، فلا تزوَّجُ إلا بإذْنِها)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح، والنساء ضربان: أبكار، وثيب.

فأما الأبكار فقد مضى حكمهن، وسنذكره من بعد.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٤.

وأما الثيب فضربان: عاقلة، ومجنونة. فأما العاقلة فضربان: صغيرة، وكبيرة. فأما الكبيرة فلا يجوز إجبارها ولا تزويجها إلا باختيارها وعن إذنها، سواء كان وليها أباً أو عصبة، وإذنها النطق الصريح، وهذا متفق عليه. وأما الثيب الصغيرة، فليس لأحد من أوليائها أباً كان أو غيره أن يزوجها إلا بعد بلوغها وإذنها، فإن زوجها قبل البلوغ بإذن أو غير إذن كان النكاح باطلاً.

وقال أبو حنيفة: يجوز أن يزوجها جميع أوليائها قبل البلوغ، فإن زوجها أبوها فلا خيار لها إذا بلغت، وإن زوجها غير أبيها من العصبات كانت بالخيار إذا بلغت: بين المقام، أو الفسخ. وقال أبو يوسف: لا خيار لها في تزويج العصبات، كما لم يكن لها الخيار في تزويج الأب.

واستدلوا على جواز تزويجها قبل البلوغ بعموم قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ﴾[1]. ولأن كل من ثبتت عليه الولاية في ماله، جاز إجباره على النكاح كالبكر الصغيرة، وكالغلام. ولأن لها منفعتين: استخدام، واستمتاع. فلما كان للولي العقد على منفعة استخدامها بالإجارة، جاز له العقد على منفعة الاستمتاع بها بالنكاح.

وتحريره: أنها إحدى منفعتها، فجاز العقد عليها قبل بلوغها كالإجارة. ودليلنا: قوله ﷺ: «الثيِّبُ أحقُّ بنفسها من وليِّها»[2] فلم يكن له إجبارها، لأنه يصير أحق بها من نفسها. وقال ﷺ: «ليس للوليِّ مع الثيِّبِ أمرٌ»[1] فكان على عمومه في الصغيرة والكبيرة. ولأن كل صفة خرج بها الولي عن كمال الولاية بعد البلوغ، خرج بها عن كمال الولاية قبل البلوغ، قياساً على عتق الأمة، لما كان حدوثه بعد البلوغ مانعاً من إجبارها على النكاح، كان حدوثه قبل البلوغ مانعاً من إجبارها عليه. ولأنها حرة سليمة ذهبت عذرتها بجماع، فلم يجز إجبارها على النكاح كالكبيرة.

فأما الآية، إنْ حملت على الأولياء فمخصوصة بما ذكرنا، وأما قياسهم على البكر والغلام اعتباراً بالولاية على المال فلا يجوز اعتبار الولاية على المال بالولاية على النكاح؛ لأن ولاية المال أوسع لثبوتها للوصي الذي لا ولاية له على النكاح. ثم المعنى في البكر والغلام: إنه لما لم يثبت لهما خيار، جاز إجبارهما، وليس كالثيب لثبوت الخيار لها عندهم.

---

(١) سورة النور، الآية: ٣٢.
(٢) سبق تخريجه.
(١) سبق تخريجه.

وأما استدلالهم بمنفعة استخدامها، فالفرق بينهما وبين الاستمتاع: أن مدة الاستخدام مقدرة بأمد ينقضي، يصل إلى مثل ذلك العقد بعد بلوغها، ومدة الاستمتاع مؤبدة وهي لا تصل إلى مثل ذلك العقد بعد بلوغها فافترقا.

فصل: فأما الثيب المجنونة فلها حالتان: صغيرة، وكبيرة.

فإن كانت كبيرة، جاز لأبيها إجبارها على النكاح للإياس من صحة إذنها، إلا أن تكون ممن تجن في زمان وتفيق في زمان، فلا يجوز إجبارها لإمكان استئذانها في زمان إفاقتها، وإنما يجوز إجبارها إذا أطبق المجنون بها. فإن لم يكن لهذه أب، زوجها الحاكم، ولا يكون لأحد من عصبتها تزويجها، لأنها ملحقة بولاية المال الثابتة بعد الأب والجد للحاكم دون العصبة.

فإن كانت الثيب المجنونة صغيرة، لم يجز لغير الأب والجد إجبارها من حاكم ولا عصبة.

وهل للأب والجد إجبارها إذا كان ما يؤمن البرء؟ على وجهين:

أحدهما: له إجبارها قياساً على ما بعد البلوغ، وأنه ربما كان لها في الزوج عفاف وشفاء.

والوجه الثاني: ليس له إجبارها قبل البلوغ، وإن جاز له إجبارها بعد البلوغ، لأن برءها قبل البلوغ أرجى والإياس منه بعد البلوغ أقوى، فمنع من إجبارها ليقع الإياس من برئها.

فصل: فإذا ثبت ما ذكرنا من حكم الثيب، وأنها مفارقة للبكر من وجهين:

أحدهما: أن البكر تجبر، والثيب لا تجبر.

الثاني: أن إذن البكر الصمت، وإذن الثيب النطق، وجب أن نطق الثيب بما تمتاز به عن البكر.

والثيب هي التي زالت عذرتها، وزوال العذرة على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تزول بوطء.

والثاني: أن تزول بظفر أو جناية.

والثالث: أن تزول خلقة، وهي أن تخلق لا عذرة لها.

فأما القسم الأول، وهو أن تزول عذرتها بوطء، فالوطء على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون حلالاً، إما في عقد نكاحٍ، أو بملك يمين.

والثاني: أن يكون شبهة.

والثالث: أن يكون زنى حراماً، وجميع ذلك يزول به حكم البكارة، سواء كان الوطء بنكاح أو سفاح، ويجري عليها حكم الثيب.

وقال أبو حنيفة: إذا زالت عذرتها بزنى كانت في حكم البكر، إلا أن يتكرر منها. استدلالاً بأن الزانية إذا تذكرت ما فعلت من الزنى خجلت واستحيت من التصريح بطلب الأزواج، فكان حالها أسوأ حالاً من البكر، ولأن كل وطء لا يبيح الرجعة للزوج الأول لم يزل به حكم البكارة كالوطء في غير القبل.

ودليلنا: قوله ﷺ: «ليس للوليِّ مع الثيِّبِ أمرٌ»[1] فكان على عمومه، ولأن بكارتها زالت بوطء، فوجب أن يكون في حكم الثيب كالموطوءة في نكاح. ولأن كل وطء زالت به البكارة إذا كان حلالاً زالت به البكارة، وإن كان محظوراً كوطء الشبهة. ولأن كل وطء زالت به البكارة إذا تكرر، زالت به البكارة، وإن لم يتكرر كالمنكوحة.

وقد قال: لو تكرر منها الزنى صارت ثيباً، فكذلك إذا لم يتكرر، ولأن صمت البكر إنما صار إذناً لاستحيائها بدوام الخفر، وقلة اختبارها للرجال، فتميزت عن الثيب التي قد ظهر خفرها وخبر الرجال فصارت أقل حياء من البكر.

والزانية لم تقدم على الزنى إلا لزوال الحياء وارتفاع الخفر، فصارت أجرأ على القول وأخبر بالرجال من ذوات الزوج، وفي هذا الاستدلال انفصال عما أورده.

وأما قياسه مع انتقاضه بتكرار الزنى، فالمعنى في الوطء في غير القبل بقاء العذرة، ففارق الزنى الذي زالت به العذرة.

فصل: وأما زوال العذرة بأصبع أو ظفر أو جناية غير الوطء، فقد ذهب أبو علي بن خيران، من أصحابنا: إلى أنه قد رفع حكم البكارة، استدلالاً بمذهب وحجاج.

---

(١) سبق تخريجه.

فالمذهب، أن الشافعي قال: أصيبتْ بنكاحٍ وغيره. وأما الحجاج، فهو إن الحكم تابع للاسم، فلما زال بذلك اسم البكارة وجب أن يزول به حكم البكارة. وهذا خطأ، بل مذهب الشافعي وسائر أصحابه: أن حكم البكارة جار عليها، لأن صمت البكر إنما كان نطقاً لما عليه من الحياء وعدم الخبرة بالرجال. وهذا المعنى موجود في هذه التي زالت عذرتها بغير وطء، فلما وجد معنى البكر فيها وجب أن يعلق بها حكم البكر. وتعليق أحكام البكر بمعاني الأسماء أولى من تعليقها بمجرد الأسماء، وفيه انفصال. وما ادعاه من المذهب فقد زل فيه، لأن قول الشافعي أصيبت بنكاح أو غيره يعني: أو غير نكاح من شبهة أو زنى، وقد صرح بذلك في كتاب الأم[1].

وأما التي زالت عذرتها خلقة، فلا خلاف أنها في حكم البكر، وهذا مما يوضح فساد قول ابن خيران حيث اعتبر الحكم بمجرد الاسم.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، وأراد الولي إنكاح المرأة، فذكرت أنها بكر قبل قبولها ما لم يعلم خلافه، وأجرى عليها حكم البكر، فإن قالت: أنا ثيب قبل قبولها، وإن لم يعلم لها زوج تقدم ولم تسأل عن الوطء الذي صارت به ثيباً، وأجرى عليها حكم الثيب. فلو زوجها الأب بغير إذن لاعتقاده أنها بكر، فادعت بعد عقده أنها ثيب، لم يقبل قولها في إبطال النكاح بعد وقوعه على ظاهر الصحة، لأن الأصل فيها البكارة. فإن أقامت أربع نسوة شهدن لها أنهن شهدنها قبل النكاح ثيباً، لم يبطل العقد أيضاً، لجواز أن تكون عذرتها زالت بظفر أو أصبع أو خلقة والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولا تزوّجُ البِكْرُ بغير إذْنها ولا الصغيرةُ إلا أبُوها أو جدُّها بعد موتِ أبيها)[2].

قال الماوردي: اعلم أن نكاح البكر معتبر بأوليائها، ونكاح الثيب معتبر بنفسها، لأن الثيب لا تزوج مع جميع الأولياء إلا بإذنها، والبكر يجبرها عليه بعض أوليائها. وإذا كان كذلك لم يخل ولي البكر من أن يكون: أباً، أو عصبة: فإن كان وليها أبا زوجها، جبرا سواء كانت صغيرة أو كبيرة، عاقلة أو مجنونة، وهكذا الجد بعد موت الأب يقوم في إجبارها مقام الأب، لكن اختلف أصحابنا: هل قام مقام الأب لأنه مشارك له في اسم الأب، لأنه في معنى الأب؟ على وجهين:

---

(١) راجع قول الشافعي في الأم: ٥/ ١٨.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٦٤.

أحدهما: لأنه مشارك له في الاسم، لأنهما يسميان أباً قال الله تعالى: ﴿مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ﴾[1].

والوجه الثاني: لأنه في معنى الأب وإن لم يشاركه في الاسم، لما فيه من صفتي الأب التي يتميز بهما عن سائر الأولياء هما: الولادة، والتعصيب. فبالولادة تميز عن الأخوة، وبالتعصيب تميز عن الجد للأم وإن كان ولي البكر عصبة روعي حالها حينئذ، فإن كانت صغيرة لم يكن لأحد من عصباتها تزويجها، سواء كانت عاقلة أو مجنونة، فإن كانت كبيرة زوَّجها أقرب عصباتها، إن كانت عاقلة باختيارها وعن إذنها. وإن كانت مجنونة، لم يزوجها لأن تزويجها في الجنون معتبر بالنظر في مصالحها، ولا نظر للعصبات، ولذلك لم يكن لهم ولاية في حالها. وإن كان ولي البكر الحاكم، فإن كانت صغيرة لم يكن له تزويجها عاقلة كانت أو مجنونة، لأنها ليست من أهل المناكح فتزوج، ولا من أهل الاختيار، فتستأذن. وإن كانت كبيرة، نظر: فإن كانت عاقلة لم يكن للحاكم تزويجها إلا بإذنها، وإن كانت مجنونة زوجها إذا رأى ذلك صلاحاً لها، وإن لم يكن للعصبة تزويجها في حال جنونها.

والفرق بينهما: أن للحاكم نظراً في مصالحها شارك به وفارق به العصبة، ولذلك ولي مالها وإن لم يكن يلي عليه العصبة.

فصل: وإذا كان لرجل ابن ابنٍ، وله بنت ابن، فأراد أن يزوج ابن ابنه ببنت ابنه، فإن كان أبواهما باقيين لم يكن له تزويجها، لأنه لا ولاية للجد مع بقاء الأب وإن كان أبواهما ميتين، فإن كان ابن ابنه بالغاً فليس له إجباره على النكاح، وإن كانت بنت ابنه ثيباً فليس له إجبارها على النكاح، وإن كان ابن ابنه صغيراً وبنت ابنه بكراً فله إجبار كل واحد منهما على الانفراد؛ فإن أراد تزويج أحدهما بالآخر ففي جوازه جبراً وجهان:

أحدهما: لا يجوز تزويج أحدهما حتى يبلغ الابن فيكون هو القابل لنفسه، لأن النبيّ ﷺ قال: «كلُّ نكاحٍ لم يحضرْهُ أربعة فهو سِفَاح»[2] ولئلا يتولى العقد من طرفيه. كما لا يجوز لابن العم أن يتزوج وليته، لئلا يصير متولياً للعقد من طرفيه، وهذا قول أبي العباس بن القاص، وطائفة.

---

(١) سورة الحج، الآية: ٧٨.

(٢) سبق تخريجه.

والوجه الثاني: يجوز للجد أن يفعل ذلك ويتولى العقد من طرفيه، كما يجوز له فيما يبيعه من ماله، على ابن ابنه إذا كان والياً عليه أن يتولى العقد من طرفيه. وخالف ابن العم في تزويجه ابنة ابنه إذا كان والياً عليها من وجهين:

أحدهما: ولاية الجد توجب الإجبار لقوتها، وولاية ابن العم تمنع من الإجبار لضعفها.

والثاني: أن الجد في الطرفين عاقد لغيره، وابن العم في أحد الطرفين عاقد لنفسه. وهذا قول أبي بكر بن الحداد المصري، وطائفة.

فعلى هذا لا بد للجد من أن يتلفظ في عقد نكاحهما بالإيجاب فيقول: قد زوجت ابن ابني بابنة ابني، وهل يحتاج فيه إلى القبول أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا بد من أن يتلفظ فيه بالقبول فيقول: وقبلت نكاحها له، وهذا قول أبي بكر بن الحداد، لأنه يتولى ذلك بولايتين، فقام فيه مقام وليين، فلم يكن بد فيه من لفظين: أحدهما: إيجاب، والآخر: قبول.

والوجه الثاني: لا يحتاج أن يتلفظ فيه بالقبول، وهذا قول أبي بكر القفال، لأن الجد يقوم مقام وليين، فقام لفظه مقام لفظين.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو كان المولى عليه يحتاجُ إلى النِّكاح زوَّجَهُ وليُّهُ. فإنْ أذِنَ له فجاوزَ مهرَ مثْلِها ردَّ الفَضْلَ)[1].

قال الماوردي: والمولى عليه بالسفه ممنوع من التزويج إلا بإذن وليه، لأن الحجر يمنع من التصرف في العقود، فإن لم يكن به إلى النكاح حاجة لم يجز له أن يتزوج ولا لوليه أن يزوجه، لما فيه من التزام المهر والنفقة لغير حاجة. وإن كان به إلى النكاح حاجة، إما بأن يرى يتوثب على النساء لفرط الشهوة، وأما بأن يحتاج إلى خادم وخدمة النساء أوفق له وأرفق به، فيجوز لوليه في هاتين الحالتين أن يزوجه، لأنه مندوب إلى القيام بمصالحه التي هذا منها، وليصده عن مواقعة الزنى الموجب الحد والمأثم.

وإذا كان كذلك، فوليه بالخيار: بين أن يزوجه بنفسه، وبين أن يأذن له في التزويج. فإن زوجه الولي جاز أن يعقد له النكاح على من يختارها له من الأكفاء، ولا يلزمه استئذانه

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٤.

فيه لأن ذلك من جملة مصالحه التي لا تقف على إذنه كما لا يقف على إذنه ما عقده في ماله من بيع وشراء، ولا يزيد المنكوحة على مهر مثلها، كما لا يزيد في عقود أمواله أعواض أمثالها. فإن زوجه بأكثر من مهر المثل، كانت الزيادة مردودة لا تجب في مال السفيه، ولا على وليه، وإن أذن له الولي في التزويج ليتولاه السفيه لنفسه جاز، فإن قيل: فهلا منع من مباشرة العقد بنفسه، ولم يصح منه مع إذن وليه، كما لا يصح منه عقد البيع، وإن أذن فيه وليه.

قيل: الفرق بين النكاح حيث صح منه، أن يعقده بإذن الولي، وبين البيع حيث لم يصح منه أن يعقده، وإن أذن فيه الولي من وجهين:

أحدهما: المقصود بالحجر عليه حفظ المال دون النكاح، فلذلك لم يصح منه العقد في المال، وصح منه العقد في النكاح.

والثاني: أنه لما صح منه رفع النكاح بالخلع والطلاق من غير إذن، فأولى أن يصح منه عقد النكاح بإذن. ولما لم يصح منه إزالة ملكه عن الأمنوال بالعتق والهبة بإذن ولا غير إذن، لم يصح منه عقود الأموال كلها بإذن ولا غير إذن.

فصل: فإذا ثبت أنه يجوز أن يتولى عقد النكاح بنفسه بإذن وليه، فقد اختلف أصحابنا: هل على وليه عند إذنه له في النكاح أن يعين له على المنكوحة، أم لا؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: يلزمه أن يعين له على المنكوحة ليقطع اجتهاده في العقد حتى لا ينكح من يعظم مهرها.

والوجه الثاني: أن يعين له في القبيلة أو العشيرة حتى لا ينكح من ذوي الأنساب الذين يعظم مهور نسائهم، وليس عليه أن يعين له على المرأة من نساء القبيلة، لأنه يقف على اختيار النفوس.

والوجه الثالث: أنه لا يلزمه أن يعين على المنكوحة ولا على قبيلتها لأنه ليس بأسوأ حالاً من العبد الذي يجوز إذا أذن السيد له في النكاح أن لا يعين على المنكوحة، ولا على قومها، فأولى أن يكون السفيه مثله في الإذن. فإذا نكح السفيه على مقتضى الإذن بمهر المثل فما دون، لزمه المهر والنفقة في ماله. إن نكح بأكثر من مهر المثل، صح النكاح بمهر المثل، وكانت الزيادة مردودة لا تلزمه في وقت الحجر ولا بعد فكه عنه.

وخالف العبد الذي إذا نكح بإذن السيد وزاد مهر المثل، كانت الزيادة في ذمته يؤديها بعد عتقه. والفرق بينهما: أن الحجر على السفيه لحفظ ماله عليه، فلو لزمته الزيادة بعد فك الحجر عنه لم يكن ماله محفوظاً عليه، والعبد والحجر عليه لأجل سيده وحفظ ما يستحقه السيد من كسبه، فإذا لزمه الزيادة بعد عتقه سلم حق السيد، وصار ماله محفوظاً عليه.

فصل: فأما إذا نكح السفيه بغير إذن وليه فهذا على ضربين:

أحدهما: أن لا يكون قد أعلمه وليه ولا استأذنه فمنعه، فنكاحه باطل، لأن ثبوت الحجر يمنع من جواز التصرف في العقود. فعلى هذا، إن لم يدخل بها فرق بينهما ولا شيء عليه، وإن دخل بها فرق بينهما، ثم ينظر: إن كانت عالمة بحجره فلا مهر عليه في حال الحجر، وتصير كالمبرمة منه لعلمها بحجره. وإن لم تكن عالمة بحجره، فليس عليه في حال الحجر دفع المهر، لأنه تصرف مع الحجر منه. وفي لزومه له بعد فك الحجر عنه وجهان:

أحدهما: يلزمه دفعه بعد فك حجره لئلا يصير مستمتعاً ببعضها من غير بدل.

والوجه الثاني: لا يلزمه دفعه بعد فك الحجر عنه. كما لم تلزمه الزيادة على مهر المثل لهذا المعنى، وليس جهلها بحاله عذر، لأنه قد كان يمكنها أن تستعلم فتعلم.

والضرب الثاني: أن يكون السفيه قد سأل وليه النكاح فمنعه واستأذنه فلم يأذن له، ففي نكاحه وجهان:

أحدهما: باطل، لتأثير الحجر في عقوده، فعلى هذا يكون الكلام في المهر على ما مضى.

والوجه الثاني: أن النكاح جائز، لأنه حق على الولي. فإذا منعه منه، جاز أن يستوفيه بنفسه، كالدين إذا منع منه صاحبه منه جاز أن يستوفيه بنفسه. فعلى هذا يكون النكاح كالمأذون فيه، ويدفع مهر المثل والنفقة من ماله.

فصل: فأما المجنون فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون مستدام الجنون لا يفيق في شيء من زمانه، فهذا ينظر في حاله: فإن لم يكن به إلى النكاح حاجة لم يكن لوليه أن يزوجه، ولا أن يوجب في ماله غرم المهر والنفقة من غير حاجة. وإن كان به إلى النكاح حاجة وذلك في إحدى حالتين: إما أن يرى

يتوثب على النساء لفرط شهوته، وإما أن يحتاج إلى خدمة النساء، والزوجة أرفق به، فيجوز لوليه أن يزوجه بنفسه، ولا يجوز للولي أن يرد العقد إليه ليتزوج بنفسه، بخلاف السفيه، لأن السفيه مكلف يتعلق بقوله حكم، والمجنون غير مكلف و لا يتعلق، بقوله حكم.

والضرب الثاني: أن يكون المجنون ممن يجن في زمان ويفيق في زمان، فهذا على أضرب:

أحدها: أن يكون زمان جنونه أكثر من زمان إفاقته، فيجوز لوليه إذا رآه محتاجاً إلى النكاح أن يزوجه في زمان جنونه، ولا يرد العقد إليه كالذي أطبق به الجنون، ويجوز له أن يزوجه في زمان إفاقته، وأن يرد العقد إليه كالسفيه، لأن الحجر عليه إذا قل زمان إفاقته لا يرتفع، لكن يكون حكمه في زمان الجنون حكم الحجر بالجنون، وفي زمان الإفاقة حكم الحجر بالسفه.

والضرب الثاني: أن يكون زمان إفاقته أكثر من زمان جنونه، فالحجر يرتفع في زمان الإفاقة، ولا يجوز لوليه أن يزوجه في حال جنونه لما يرجى من إفاقته، ويجوز له أن يزوج نفسه في زمان إفاقته من غير إذن وليه، ولا يجوز لوليه أن يزوجه في إفاقته لارتفاع حجره.

والضرب الثالث: أن يتساوى زمان جنونه وزمان إفاقته، ففي أغلبهما حكماً وجهان:

أحدهما: أن حكم الجنون أغلب تغليباً لثبوت الحجر، فعلى هذا يكون حكمه كالضرب الأول، فيمن كثر زمان جنونه وقل زمان إفاقته.

والوجه الثاني: أن حكم الإفاقة أغلب تغليباً لأصل السلامة. فعلى هذا يكون حكمه كالضرب الثاني، فيمن كثر زمان إفاقته وقل زمان جنونه. والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو أَذِنَ لعبده فتزوَّج كان لها العضَلُ متى عتق)[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال، ليس للعبد أن يتزوج بغير إذن سيده لرواية عطاء عن جابر، أن النبي ﷺ قال: «أيما عبدٍ نكحَ بغيرِ إذْنِ مواليه فهو عَاهِر»[٢] والعاهر: الزاني

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٤. وفيه: فكان لها الفضل.

(٢) أخرجه الترمذي في النكاح (١١١١) من طريق الوليد بن مسلم، عن زهير بن محمد بن عبد الله بن

فشبهه بالزاني لتحريم عقده، وإن لم يكن زانياً في الحكم. ولأن السيد مالك لمنافعه وأكسابه، فلم يكن له تفويتها عليه بتزويجه. فإن تزوج بإذن سيده كان النكاح جائزاً، لأن مستحق الحجر قد رفعه بإذنه، فعاد إلى جواز تصرفه وإن تزوج بغير إذن سيده، كان نكاحه باطلاً.

وقال أبو حنيفة: موقوفاً على إجازة السيد. وقال مالك: نكاحه جائز وللسيد فسخه عليه.

والدليل عليهما: رواية عبد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر أن النبيّ ﷺ قال: «إذا نكحَ العبدُ بغير إذْن سيِّده، فنكاحُهُ باطِل»[1]، وقد رُوي هذا الخبر موقوفاً على ابن عمر.

ولأن الحجر المانع من جواز المناكح يمنع من صحتها كالمجنون. والله أعلم.

فصل: فإذا تقرر أن نكاح العبد بغير إذن سيده باطل وبإذنه جائز، فللسيد إذا أذن لعبده في النكاح حالتان:

أحدهما: أن يعين له على المنكوحة، فلا يجوز لـه أن يتجاوزها، فإن نكح غيرها كان نكاحاً بغير إذن.

والحال الثانية: أن لا يعين له على المنكوحة ويكون إذنه مطلقاً فيجوز، بخلاف السفيه الذي يلزم الولي أن يعين له على المنكوحة.

والفرق بينهما: أن العبد من أهل الاختيار والتصرف في العقود، وليس السفيه من أهل الاختيار والتصرف في العقود، فإذا صح نكاح العبد بإذن سيده نظر في المهر: فإن كان قدر

= محمد بن عقيل، عن خالد وبلفظ: «سيده». وقال الترمذي: حديث حسن، وروى بعضهم هذا الحديث عن عبد الله بن محمد بن عقيل، عن ابن عمر، عن النبيّ ﷺ. ولا يصحّ، والصحيح عن عبد الله بن محمد بن عقيل، عن جابر، وأخرجه الترمذي (١١١٢) عن سعيد بن يحيى، عن أبيه، عن ابن جريج، عن عبد الله، عن جابر مرفوعاً وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

أخرجه أبو داود (٢٠٧٨) بإسناد الترمذي، وابن ماجة والبيهقي: ٧/ ١٢٧ وصححه الحاكم: ٢/ ١٩٤ ووافقه الذهبي.

وأخرجه أبو داود (٢٠٧٩) من طريق ابن عمر وقال: هذا الحديث ضعيف، وهو موقوف من قول ابن عمر. وأيضاً ابن ماجة (١٩٥٩) و(١٩٦٠) وفي الزوائد: إسناده حسن، والبيهقي: ٧/ ١٢٧.

(١) سبق تخريجه. وهو عند الترمذي وأبي داود وابن ماجة. والبيهقي كما مرّ.

مهر المثل كان في كسبه على ما سنذكره، وإن كان أكثر من مهر المثل لزم قدر مهر المثل في كسبه، وكانت الزيادة في ذمته حتى يعتق فيؤدي.

وفارق السفيه في إبطال الزيادة على مهر المثل بالمعنى الذي قدمناه. والله أعلم.

فصل: فأما إذا سأل العبد سيده أن يزوجه فعضله ومنعه، نظر في العبد: فإن كان غير بالغ لم يجبر السيد على تزويجه، لأنه قبل البلوغ غير محتاج إلى النكاح، وإن كان بالغاً، فهل يجبر السيد على تزويجه إن أقام على عضله ومنعه زوجه الحاكم أم لا؟ على قولين:

أحدهما: أشار إليه في كتاب التعريض بالخطبة: أن السيد يجبر على تزويج عبده لما يدعو إليه من حاجته وكمال مصلحته وسكون نفسه، فشابه ما يحتاج إليه من تمام قوته وكمال كسوته[1].

والقول الثاني: نص عليه في القديم والجديد وهو الصحيح. أن السيد لا يجبر على تزويج عبده، لأنه يجري مجرى الملاذ والشهوات، ولا يلزم السيد تمكين عبده من ملاذه وشهواته.

فعلى تقدير القولين، لو كان السيد مولى عليه لصغر أو سفه أو جنون، فإن قيل بالقول الأول: أن السيد يجبر على نكاح عبده، لزم ولي السيد المولى عليه أن يزوج عبده إذا طلب النكاح. وإن قيل بالقول الثاني: أن السيد لا يجبر على تزويجه، لم يكن لوليه أن يزوجه.

فصل: فأما إذا أراد السيد أن يجبر عبده على التزويج، فإن كان العبد صغيراً كان لسيده إجباره على النكاح، لأنه لما كان له إجبار ولده في صغره الذي لا ولاية له عليه بعد بلوغه، فإجبار عبده في صغره أولى.

وإن كان العبد بالغاً، فهل للسيد إجباره على النكاح أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وهو قوله في القديم: له إجبار عبده على النكاح، لأنه لما ملك العقد على منافعه ورقبته جبراً كان النكاح ملحقاً بأحدهما في عقده عليه جبراً.

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد: أنه ليس للسيد إجبار عبده على النكاح، لأنه

---

(١) كتاب التعريض بالخطبة، من الأم، باب نكاح العدد ونكاح العبيد: ٥/ ٤٢ ـ ٤٣.

يجري مجرى الملاذ والشهوات التي ليس للسيد إجبار عبده عليها، ولأن مقصوده الوطء الذي لا يجوز للسيد إجبار عبده عليه فكان النكاح بمثابته.

وعلى القولين معاً، لو كان السيد مولى عليه لصغر أو سفه لم يكن لوليه إجبار عبده على النكاح قولاً واحداً، لما في إجباره من إخراج المهر والنفقة من كسبه.

فصل: فأما المدبر فهو كالعبد في إجبار السيد له على النكاح، وفي إجبار السيد على تزويجه إذا دعا إلى النكاح. وأما المكاتب فليس لسيده إجباره على النكاح لما فيه من إلزامه المهر والنفقة في كسبه، وإما إذا دعا سيده إلى النكاح فهل يجبر السيد عليه؟.

إن قلنا: إنه يجبر على تزويج عبده، فأولى أن يجبر على تزويج مكاتبه. وإن قلنا: إنه لا يجبر على تزويج عبده، ففي إجباره على تزويج مكاتبه وجهان:

أحدهما: لا يجبر عليه، كما لا يجبر على تزويج عبده.

والوجه الثاني: أنه يجبر على تزويج مكاتبه، وإن لم يجبر على تزويج عبده.

والفرق بينهما: أن اكتساب العبد لسيده، فلم يجبر على تزويجه لما يلحقه من التزام المهر والنفقة واكتساب المكاتب لنفسه فأجبر السيد على تزويجه لأنه لا يؤول إلى التزام المهر والنفقة.

فصل: فأما العبد إذا كان بين شريكين، فليس له أن يتزوج بإذن أحدهما حتى يأذنا له جميعاً، فإن اتفقا على تزويجه فهل لهما إجباره عليه أم لا؟ على قولين. وإن دعاهما إلى النكاح، فهل يجبران على تزويجه أم لا؟ على قولين. وأما إن كان نصف العبد حراً ونصفه مملوكاً، فليس لسيده أن يجبره على النكاح، لأن فيه حرية لا ولاية عليه فيها. فإن دعا سيده إلى النكاح، ففي إجباره قولان.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وفي إِذْنِهِ لعبدِهِ إِذْنٌ باكتسابِ المهرِ والنَّفقة)[1].

قال الماوردي: إذا أذن السيد لعبده في النكاح فنكح، فقد وجب المهر بالعقد والنفقة بالتمكين، ولوجوبهما محل معتبر بحال العبد، وللعبد ثلاثة أحوال:

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٤. وتتمة الجملة: «إذا وجبت عليه».

أحدها: أن يكون مكتسباً.

والثاني: أن يكون مأذوناً له في التجارة.

والثالث: أن يكون غير مكتسب ولا مأذوناً له في التجارة.

فإن كان مكتسباً، فالمهر والنفقة في كسبه، لأن الإذن بالنكاح، يأذن به وبموجبه، فأولى ما تعلق ذلك بكسبه لأنه منه وإليه.

فإن قيل: أفليس إن أذن لعبده في التجارة فلزمه فيها دين، زاد على ما بيده كان في ذمة العبد يؤديه بعد عتقه فهلا استويا. قيل: الفرق بينهما أن الإذن بالتجارة مقصوده الاكتساب والدين ضد الاكتساب، فصار غير مأذون فيه، فلذلك تعلق بذمته بعد عتقه، والإذن بالنكاح مقصوده الاستمتاع الموجب للمهر والنفقة، فصار المهر والنفقة من موجبات إذنه، فلذلك تعلق بكسبه دون ذمته.

فصل: فإذا ثبت وجوب المهر والنفقة في كسبه، فالمهر يستحق في كسبه بعد عتقه، والنفقة تستحق في كسبه بعد تمكينه من الاستمتاع، إلا أنهما يستحقان في الكسب الحادث بعد وجوبها، ولا يستحقان في كسب تقدمهما، لأن الكسب المتقدم لم يتعلق به إذن، فصار خالصاً للسيد. فلو كان العقد بمهر مؤجل استحق ذلك في الكسب الحادث بعد حلول الأجل، وإذا كان كذلك قيل للسيد: عليك أن تخلي سبيل عبدك، وترفع عنه يدك ليلاً ونهاراً. أما النهار فلاكتساب المهر والنفقة، وأما الليل فللاستمتاع بالزوجة، ثم لا سبيل لك إلى إبطال حقه من تمكينه ليلاً من نفسه، ولك السبيل إلى منعه نهاراً من نفسه بالتزام المهر والنفقة، لأن حقه في استمتاعه ليلاً لا بد له، فلم يسقط، ولحقه من اكتساب النهار بدل يلتزمه السيد فسقط. ثم لا يخلو حال كسبه إذا أمكن منه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون بقدر المهر والنفقة من غير زيادة ولا نقصان، فلا حق فيه للسيد ولا عليه، وقد خلص جميع كسبه له في نفقته ونفقة زوجته وكسوتها ومهرها.

والقسم الثاني: أن يكون كسبه أكثر من المهر والنفقة، فللسيد الفاضل منهما.

والقسم الثالث: أن يكون المهر والنفقة أكثر من كسبه، فعليه أن يخلي على جميع كسبه ليصرفه في المهر والنفقة، ويكون حاله في الباقي عليه من المهر والنفقة كحال من لا كسب له، ولا هو مأذون له في التجارة على ما سنذكره من بعد.

فصل: فلو أن سيد هذا العبد المكتسب أراد استخدامه نهاراً، لزمه التزام جميع المهر والنفقة له ولزوجته، سواء كان كسبه مساوياً لهما أو مقصراً عنهما، لأنه بالاستخدام كالضامن لهما. ولو أن سيده لم يستخدمه لكن حبسه، لزمه غرم المهر والنفقة. ولو حبسه غير سيده، لزمه أجرة مثله.

والفرق بينهما: أن السيد يلتزم ذلك في حق عبده، فلزمه ما يستحقه العبد من مهر زوجته ونفقتها، والأجنبي يضمن ذلك في حق السيد، فلزمه قيمة ما استهله من منافعه.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وإن كان مأذوناً له في التِّجارةِ أعطى مما في يده)[1].

قال الماوردي: وهذا القسم الثاني من أحوال العبد، أن يكون مأذوناً له في التجارة، فيكون ما لزمه من المهر والنفقة متعلقاً بمال التجارة، لأن هذا المال في حق المأذون له في التجارة كمال الكسب في حق المكتسب، لكونهما ملكاً للسيد الآذِنِ؛ لكن اختلف أصحابنا في المراد ها هنا بقول الشافعي: «أعطى مما في يده» على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يعطيه من مال الربح المستفاد بعد وجوبه، فيعطي المهر من الربح المستفاد بعد العقد، والنفقة من الربح المستفاد بعد التمكين، كما قلنا في المكتسب: أنه يعطيها من كسبه المستفاد بعد وجوبهما.

والوجه الثاني: أنه يعطيهما من جميع ما بيده من الربح المستفاد قبل الوجوب وبعده، ولا يعطيهما من أصل المال لأن جميعهما نما للمال.

والفرق بين الكسب والربح: أن كسب العمل حادث في كل يوم وليس كسب التجارة حادثاً في كل يوم.

والوجه الثالث: أنه يعطيهما من جميع ما بيده من مال التجارة من ربح وأصل، لأن جميع ذلك ملك للسيد، وقد صار بالإذن كالمأمور بدفعهما، فتعلق الإذن بجميع ما بيده كالدين. فلو أن السيد دفع ذلك من غير مال التجارة، خلص مال التجارة وربحه للسيد.

فصل: وأما القسم الثالث من أحوال العبد، فهو أن يكون غير مكتسب ولا مأذون له في التجارة: إمّا لأنه زَمِنٌ لا يقدر على عمل، وأما لأنه محارب محروم لا يقدر على شيء.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٤. وفيه: «ممّا في يديه».

وإن عمل فهما سواء، وعلى السيد التزام نفقته، وليس عليه التزام نفقة زوجته، ويقال لها: زوجك معسر بنفقتك، وأنت بالخيار في الصبر معه على إعساره، أو فسخ نكاح.

فأما المهر ففيه قولان:

أحدهما: أنه في ذمة العبد يؤديه بعد عتقه، ولا يؤاخذ السيد به لأنه في مقابلة البضع الذي قد صار ملكاً للعبد دون السيد، ومن ملك ذا بدل ملك عليه ذلك البدل، وهذا أشهر القولين وأظهرهما.

والقول الثاني: أنه يكون مضموناً في ذمة سيده، لأن إذنه بالنكاح الذي لا ينفك من التزام المهر، موجب لالتزام ذلك المهر كالديون.

فصل: فإما إذا تزوج العبد بغير إذن سيده فنكاحه باطل، فإن لم يدخل بها فرّق بينهما، ولا مهر ولا نفقة، لأن فساد العقد قد تضمنه من العوض. وإن دخل بها فرق بينهما، وكان لها بالدخول مهر مثلها لوطء الشبهة، لقوله ﷺ: «**فإنْ مسَّها فلها المَهْرُ بما استحلَّ من فَرْجِها**»[1] وأين يكون المهر؟ فيه قولان:

أحدهما: نص عليه في القديم والجديد: أن يكون في ذمة العبد يؤديه بعد عتقه، لأنه حق وجب برضى مستحقه، فأشبه الديون.

والقول الثاني: خرّجه أصحابنا من كلام أشار إليه الشافعي في القديم: أنه يكون في رقبة عبده يباع فيه، إلا أن يفديه سيده، لأنه وجب بالوطء الذي هو إتلاف، فأشبه الجناية والله أعلم.

فصل: وإذا أذن السيد لعبده في النكاح فنكح نكاحاً فاسداً، ففي دخوله في إذن سيده قولان:

أحدهما: أن يكون داخلاً في حكم إذنه لانطلاق الاسم على فاسده كانطلاقه على صحيحه، ولوجوب المهر في فاسده كوجوبه في صحيحه، فعلى هذا، يكون محل المهر كمحله في النكاح الصحيح إن كان مكتسباً، وإن كان مأذوناً له في التجارة، كان فيما بيده، وإن كان غير مكتسب ولا مأذوناً له في التجارة كان على ما مضى من القولين، أحدهما: في ذمة العبد، والثاني: في ذمة سيده.

---

(١) سبق تخريجه.

والقول الثاني: وهو الأصح، إن النكاح الفاسد لا يكون داخلاً في جملة إذنه، لأن مطلق الأمر يقتضي حمله على ما ورد به الشرع، ولأن هذا المهر ما وجب بالعقد، وإنما وجب بالوطء الذي لم يكن فيه إذن. فعلى هذا في محل هذا الأمر القولان الماضيان.
أحدهما: في ذمة العبد، والثاني: في رقبته.

فصل: وإذا زوج الرجل عبده بأمته، فليس على العبد مهر ولا نفقة، لأنهما لو وجبا لكانا للسيد، ولا يثبت للسيد على عبده مال، لكن اختلف أصحابنا في المهر: هل وجب بالعقد، ثم سقط؟ على وجهين:

أحدهما: أنه وجب بالعقد ثم سقط لئلا يكون كالموهوبة التي جعلت خالصة لرسول الله ﷺ من دون المؤمنين[1].

والوجه الثاني: أنه لم يجب أصلاً، لأنه لما كان ملك السيد مانعاً من استدامة استحقاقه، كان مانعاً من ابتداء استحقاقه. ألا تراه لو أتلف مال سيده لم يلزمه غرمه، لا في الابتداء، ولا في الاستدامة، كذلك المهر. ولمن قال بالأول، أن ينفصل عنه، بأن الأموال قد يجوز أن تملك بغير بدل، والبضع لا يجوز أن يملك إلا ببدل. فلو أن السيد بعد تزويج عبده بأمته أعتقهما معاً، لم يكن له مطالبة عبده بالمهر بعد عتقه، لأنه ما وجب عليه بالعقد؛ ولا للأمة بعد عتقها مطالبة الزوج، ولا للسيد بمهرها، لأنه ما وجب لها بالعقد.

فصل: وإذا زوج السيد أمته بعبد غيره ولم يقبض، مهر مثلها منه حتى اشتراه، فإن كان بيد العبد من كسبه قبل الشراء وبعد النكاح شيء فهو للمشتري يأخذه من مهر أمته، وليس للبائع فيه حق. وإن لم يكن بيد العبد من كسبه قبل الشراء شيء، فلا مطالبة لمشتريه بمهر أمته لأنه قد صار عبده، ولا حق للسيد على عبده. واختلف أصحابنا: هل هذا الشراء أسقط المهر، أو منع من المطالبة مع بقاء المهر؟ على وجهين:

أحدهما: أنه قد أسقط المهر، لأنه لما كان الملك مانعاً من ابتداء استحقاقه كان مانعاً من بقاء استحقاقه.

والوجه الثاني: أنه قد منع من المطالبة بالمهر ولم يسقطه، لأن الحقوق الثابتة في الذمم لا تسقط إلا بالأداء والإبراء، وليس الشراء واحد منهما.

وتأثير هذين الوجهين يكون بعتق العبد أو بيعه.

---

(١) إشارة إلى الآية: ﴿وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبيّ﴾ سورة الأحزاب، الآية: ٥٠.

فإن قيل: إن الشراء قد أسقط ما عليه من المهر، لم يكن للسيد مطالبة العبد به بعد عتقه أو بيعه. فإن قيل: إنه قد منع من المطالبة به ولم يسقطه، كان للسيد مطالبته بعد عتقه أو بيعه.

فصل: وإذا زوج الرجل عبده بأمة غيره ثم اشتراها السيد، كان النكاح بحاله، ومهرها مستحق لبائعها لوجوبه في ملكه. ولو كان السيد قد أمر عبده بشراء زوجته، فإن أمره أن يشتريها لسيده كان النكاح بحاله، وإن أمره أن يشتريها لنفسه لتكون أمة للزوج، العبد لا للسيد، ففيه قولان بناء على اختلاف قوليه في العبد: هل يملك إذا ملك، أم لا؟.

فعلى قوله القديم: أنه يملك إذا ملك، فالشراء للعبد وقد بطل النكاح، لأن من ملك زوجته بطل نكاحها وعلى قوله الجديد: إن العبد لا يملك إذا ملك، فيكون الشراء للسيد، والنكاح بحاله والله أعلم بالصواب.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو ضَمِنَ لها السيِّدُ مهرَها وهو ألفٌ عن العبدِ لَزِمَه)[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا أذن السيد لعبده أن يتزوج حرة فتزوجها على صداق ألف، ثم إن السيد ضمن لها الألف عن عبده، صح الضمان لوجوبه كالديون، ويكون الألف في كسب عبده بالعقد، وفي ذمة سيده بالضمان، وهي بالخيار: بين أن تطالب العبد بها من كسبه بحكم عقده، وبين أن تطالب السيد بها بحكم ضمانه. فإن دفعها العبد من كسبه، برىء السيد من ضمانها. وإن دفعها السيد من ماله، برىء العبد منها ولم يرجع السيد بها على عبده، لأن السيد لا يثبت له في ذمة عبده مال. فلو طلق هذا العبد زوجته، نظر في طلاقه: فإن كان بعد الدخول بها فقد استكملته، وإن كان قبل الدخول بها ملك بالطلاق نصف الصداق. فإن لم تكن الزوجة قبضت صداقها، برىء الزوج من نصفه، وبرىء السيد من ضمان هذا النصف، لأن براءة المضمون عنه توجب براءة الضامن، وبقي للزوجة نصف الصداق على العبد، وعلى السيد ضمانه وإن كنت هذه الزوجة المطلقة قبل الدخول قد قبضت صداقها رجع عليها بنصفه، ثم لا يخلو حال هذا المطلق من أحد أمرين:

إما أن يكون باقياً على ملك سيده عند طلاقه، أو قد زال ملكه عنه. فإن كان باقياً على ملكه فالسيد هو الراجع عليها بنصف الصداق، لأن من كسب عبده بالطلاق، واكتساب

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٤.

العبد لسيده. فإن كان ملك السيد قد زال عنه بعتق أو بيع، ففي مستحق هذا النصف من الصداق وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي حامد الاسفرائيني: إنه يستحقه العبد إن كان قد أعتق، أو مشتريه إن كان قد بيع، ولا حق فيه لسيده البائع، لأن نصف الصداق كسب ملك بالطلاق، والطلاق لم يكن في ملك السيد، فلم يستحق ما ملكه به بعد زوال ملكه، وجرى ذلك مجرى الأب يزوج ابنه الصغير على صداق يدفعه الأب من ماله ثم يطلق الابن عند البلوغ قبل الدخول بزوجته، فيملك الابن نصف الصداق، ولا يعود إلى الأب، وإن دفعه من ماله.

والوجه الثاني: قاله أبو بكر بن الحداد في فروعه: أن يكون للسيد لأن الصداق ماله، فما رجع منه بالطلاق عاد إليه. وإن زال ملكه عن العبد، وذهب إلى هذا بعض المتأخرين من أصحابنا أيضاً.

وفرق بين الأب إذا دفع الصداق عن ابنه وبين السيد إذا دفعه عن عبده: بأن الابن يملك، وكان دفع الأب تمليكاً له، ثم قضى للصداق عنه. فإذا طلق الابن قبل الدخول عاد نصف الصداق إليه لسابق ملكه، وليس كالعبد لأنه لا يملك، فلم يكن دفع الصداق عنه تمليكاً له. فإذا طلق قبل الدخول، لم يملك ما لم يجر له عليه ملك. وسواء دفع السيد الصداق من ماله، أو دفعه العبد من كسبه، لأن كسبه مال لسيده، والأول أصح الوجهين وأولاهما.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (فإنْ باعَها زوجُها بتلك الألفِ بعينِها قبلَ الدُّخولِ فالبيعُ باطِلٌ من قبل، لأنَّ عقْدَ البيعِ والفسخِ وَقَعا معاً)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا ضمن السيد عن عبده صداق زوجته وهو ألف، ثم إنها ابتاعت زوجها من سيده بألف، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تبتاعه بألف في ذمتها.

والثاني: أن تبتاعه بالألف التي هي صداقها. فإن ابتاعته بالألف في ذمتها، فقد ذكره الشافعي من بعد. وإن ابتاعته بالألف التي هي صداقها، كأن قالت للسيد: بعني زوجي

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٤. وفيه: «من قبل أن عقدة البيع».

بالألف التي ضمنتها من صداقي، فالجواب عن هذه المسألة: مقدمتان نذكرهما، ثم نبني الجواب عليهما.

إحدى المقدمتين: أن المرأة إذا ملكت زوجها بطل نكاحها، وإنما بطل لأن أحكام النكاح وملك اليمين متضادة، لأنه كان مالكاً لبضعها فصارت مالكة لرقبته، وكان مستحق الحجر عليها بالزوجية فصارت تستحق الحجر عليه بالرق، وكانت نفقتها عليه فصارت نفقته عليها. وإذا تضادت أحكامها من هذه الوجوه ثبت أقواهما، وانتفى أضعفهما. وملك اليمين أقوى من عقد النكاح، لأن عقد النكاح يختص بملك البضع، وملك اليمين يستوعب ملك الرقبة كلها، فلذلك ثبت ملك اليمين، وبطل عقد النكاح.

والمقدمة الثانية: أن فسخ النكاح، قبل الدخول، إن كان من قبل الزوجة أسقط جميع صداقها كما لو ارتدت، وإن كان من قبل الزوج لم يسقط من الصداق إلا نصفه، كما لو ارتدت. وهو ها هنا من قبل الزوجة، لأنه وقع بابتياعها له.

فإن قيل: فالفسخ ها هنا إنما وقع بالابتياع الذي هو منهما، والفسخ إذا وقع بسبب من جهة الزوجين غلب فيه حكم الزوج دون الزوجة كالخلع. قيل: قد قال بعض أصحابنا هذا فاخطأ مذهباً، وحجاجاً.

أما المذهب فهو أن الشافعي قد نص في هذا الموضع على خلافه، وجعل الفسخ مضافاً إلى الزوجة في إسقاط جميع صداقها.

وأما الحجاج فهو الفرق الواقع بين الابتياع والخلع من وجهين:

أحدهما: أن الابتياع إنما كان بين السيد والزوجة من غير أن يكون للزوجة فيه صنع ولا اختيار، فلم يجز أن يضاف إليه، والخلع إنما كان بين الزوجين، فجاز لاختصاص الزوج بالفرقة أن يضاف الفسخ إليه.

والثاني: أن الزوج في الخلع أزال ملكه عن البضع إلى غير مالك، كالعتق الذي يرتد به المعتق ملكه عن رقبة العبد إلى غير مالك، فغلب فيه حكم الزوج دون الزوجة، والابتياع قد زال به ملك البائع وانتقل إلى ملك المشتري، فغلب فيه حكم الزوجة لانتقال الملك إليها دون الزوج.

فصل: فإذا تقررت هاتان المقدمتان وابتاعت زوجها بالألف الذي ضمنه السيد من صداقها، لم يخل من أن يكون الزوج قد دخل بها قبل الابتياع، أو لم يدخل. فإن ابتاعته

بعد دخوله كان البيع جائزاً لابتياعها إياه من مالكه بثمن قد استحقته في ذمته لاستكمالها للصداق بالدخول، فصار كابتياعها إياه بدين على سيده، وإذا صح البيع بطل النكاح، لما ذكرنا من أن الزوجة إذا ملكت زوجها بطل نكاحها، وبرئت الزوجة من الثمن لكونه صداقاً، وبرىء السيد من ضمان الصداق لكونه ثمناً، ولم يبق لها على زوجها صداق لأنها قد استوفته من ضامنه، ولم يكن للسيد أن يرجع على عبده بما غرمه عنه، لأنه ضمنه عنه في حال ملكه.

فصل: وإن ابتاعته بصداقها قبل دخوله بها فهي مسألة الكتاب فالبيع يكون باطلاً، وتعليل بطلانه قد أجمله الشافعي فقال: لأن عقد البيع والفسخ وقعا معاً[1].

وبيانه أن في إثبات البيع إبطال النكاح والبيع وذلك أن البيع إذا صح بطل النكاح وإذا بطل النكاح من قبل الزوجة قبل الدخول سقط صداقها وإذا سقط الصداق بطل ضمانه لأن بقاء الضمان يكون لبقاء الحق المضمون وإذا بطل الضمان بطل الثمن لأن الثمن هو الصداق المضمون وإذا بطل الثمن بطل البيع لأن البيع لا يصح إلا بثمن فلما أدى إثبات البيع إلى إبطال النكاح والبيع حكم بإبطال البيع وبقاء النكاح على ثبوته لأن ما أدى ثبوته إلى إسقاطه وإسقاط غيره حكم في أول الأمر بإسقاطه وثبوت غيره ليدفع بأقل الضررين أكبرهما، ولذلك نظائر:

فمنها: أن من مات وترك أخاً لا وارث له سواه، فأقر الأخ بابن للميت، ثبت نسب الابن ولم يرث، لأنه لو ورث حجب الأخ فلم يرث، وإذا لم يرث الأخ بطل إقراره بالنسب، لأنه لا يصح أن يقر بالنسب من ليس بوارث، وإذا بطل إقراره بالنسب لم يثبت النسب. فلما كان توريث هذا الابن مؤدياً إلى إبطال نسبه وميراثه، ثبت نسبه، وبطل ميراثه.

ومنها: أن من اشترى أباه في مرض موته عتق ولم يرث، لأن عتقه في المرض كالوصية له في اعتباره من الثلث، فلو ورث لمنع الوصية، لأنه لا وصية لوارث[2]، وإذا منع الوصية بطل العتق، وإذا بطل العتق سقط الميراث، فلما كان توريثه مؤدياً إلى إبطال عتقه وميراثه، ثبت عتقه وسقط ميراثه.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٤.

(٢) حديث أبي أمامة: تقدّم في الفرائض والوصايا، من حديث أبي أمامة عند الترمذي وغيره.

ومنها: أن يوصي لرجل بابن له مملوك فيموت قبل قبول الوصية، ويخلف أخاً هو وارثه، فيقبل الأخ الوصية لأخيه بابنه، فإن الابن يعتق ولا يرث، لأنه لو ورث حجب الأخ وإذا حجبه بطل قبوله للوصية، وإذا بطل قبوله بطل عتق الابن، وإذا بطل عتقه سقط ميراثه، فلما أدى ثبوت ميراثه إلى سقوطه وبطلان عتقه ثبت العتق وبطل الميراث.

ومنها: أن يدعي عبدان على سيدهما وهو منكر، فشهد لهما شاهدان بالعتق فيحكم بعتقهما، ثم يشهد المعتقان بجرح الشاهدين، فإن شهادتهما بالجرح مردودة، لأنها لو قبلت في الجرح ردت شهادة الشاهدين بالعتق وصار المعتقان عبدين مردودي الشهادة، فلما أدى قبول شهادتهما إلى ردها وإبطال العتق ردت شهادتهما وثبت العتق، ولذلك من النظائر ما يطول ذكره، وإنما ذكرنا أمثلة يؤدي دورها إذا ثبت إلى سقوطها فلم تثبت وبالله التوفيق.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو باعها إيّاه بألفٍ لا بعينِهَا كان البيعُ جائزاً وعليها الثّمنُ، والنّكاحُ مفسوخٌ من قبلِ السيّد)[1].

قال الماوردي: وهذه المسألة الثانية من ابتياعها لزوجها. إن ابتاعه بألف في ذمتها فالبيع صحيح لانعقاده بثمن معلوم، والنكاح قد بطل لما ذكرنا من أن النكاح وملك اليمين لا يجتمعان لتنافي أحكامهما فأثبت أقواهما، وإذا كان كذلك فلا يخلو حالهما من أحد أمرين:

إما أن يكون الزوج قد دخل بها قبل ابتياعها له، أو لم يدخل بها. فإن لم يكن قد دخل بها، فصداقها قد سقط لانفساخ النكاح من جهتها قبل الدخول، وإذا سقط الصداق بطل ضمان السيد له، لأن الضمان فرع لأصل قد برىء منه المضمون عنه فبرىء الضامن منه، وللسيد عليها الألف الذي اشترت به زوجها، ولا مطالبة لها بصداقها والله أعلم.

فصل: وإن كان قد دخل بها قبل ابتياعها له فقد استقر لها الصداق كاملاً بالدخول على زوج قد ملكته فصار عبداً لها، فهل تبرىء الزوج منه بحدوث ملكها له أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: قد برىء منه، لأن السيد لا يصح أن يثبت له في ذمة عبده مال. فعلى هذا، قد برىء السيد من ضمانه لبراءة المضمون عنه، وللسيد مطالبتها بالألف الذي هو ثمن.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٤. وفيه: «من قبلها وقبل السيد».

والوجه الثاني: أن الزوج لا يبرأ من صداقها، وإن صار عبداً لها لاستقراره عليه قبل ملكها له، فلم يسقط إلا بأداء أو إبراء، وإن صار لها عبداً، وإنما لا يثبت لها ابتداء في ذمته مال بعد أن صار لها عبداً. فأما أن يكون الحق ثابتاً لا يمتنع أن يكون بعد الملك باقياً، فعلى هذا لها على السيد الألف الذي هو صداقها، وللسيد عليها الألف الذي هو ثمن زوجها. فإن كان الألف من نقدين مختلفين لم تصر صداقاً، وكان عليها أن تؤدي إلى السيد الألف الذي هو ثمن زوجها، وعلى السيد أن يؤدي إليها الألف الذي هو صداقها. فإن قال كل واحد منهما: لا أدفع ما عليّ حتى أقبض مالي، لم يكن ذلك له، لأنه لا تعلق لأحد المالين بالآخر. وأيهما بدأ بالمطالبة قضى له على صاحبه بالدفع، فإن تباريا من الألفين صح الإبراء. فلو قال كل واحد منهما لصاحبه: قد أبرأتك إنْ أبرأتني، لم يصح لما فيه من تقييد البراءة بشرط. ولو قال: قد أبرأتك فابرئني، فهو مبرىء من حقه بغير شرط، فصحت براءته، وطلب إلى الآخر أن يبرئه، وكان بالخيار بين أن يبرئه أو لا يبرئه. فإن كان الألفان من نقد واحد لا يختلف، وكان الألف الثمن من جنس الألف الصداق وعلى صفتها، فهل يصير ذلك قصاصاً أم لا؟ على أربعة أقاويل:

أحدها: أنه يصير قصاصاً اختارا أو لم يختارا، فعلى هذا قد برىء كل واحد منهما من حق صاحبه.

والقول الثاني: أنه يصير قصاصاً إن اختارا أو أحدهما، ولا يصير قصاصاً إن لم يختر واحد منهما.

والثالث: أنه يصير قصاصاً إن اختاراه معاً، ولا يكن قصاصاً إن اختاره أحدهما.

والقول الرابع: وهو مخرج أنه لا يصير قصاصاً بحال وإن اختاراه، وعلى كل واحد منهما أن يؤدي إلى صاحبه ماله، ويستوفي منه ما عليه، ووجه هذه الأقاويل يذكر في موضعه من كتاب المكاتب إن شاء الله تعالى.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وله أن يسافِرَ بعبْدِهِ ويمنعَهُ من الخروج من بيتهِ إلى امرأته وفي مصره إلا في الحينِ الذي لا خدمةَ له فيه)[1].

قال الماوردي: اعلم أن للسيد إذا أذن لعبده في النكاح حالتين:

---

(١) مختصر المزني، ص: ٣٧٧.

إحداهما: أن يلتزم لزوجته المهر والنفقة.

والحال الثانية: أن لا يلتزم.

فإن لم يلتزم لها السيد المهر والنفقة، فعليه أن يمكن عبده من اكتساب المهر والنفقة نهاراً، ويخلي بينه وبين زوجته ليلاً، فيكون تخليته نهاراً للاكتساب، وليلاً للاستمتاع إلا أن تكون زوجته في منزل سيده؛ فلا يلزم تخليته ليلاً لوصوله إلى الاستمتاع مع سيده. فلو أراد السيد أن يسافر بعبده هذا لم يكن له ذلك لما فيه من منعه عن الاكتساب، فإن قهره على نفسه قال أبو حامد الاسفرائيني: يضمن أقل الأمرين من أجرة مثله أو نفقة زوجته، لأن أجرته إن زادت كان له أخذ الزيادة، وإن نقصت لم يلزمه إتمام النفقة.

وهذا الذي قاله عندي ليس بصحيح، بل يضمن لها النفقة ولا يضمن أقل الأمرين، لأمرين:

أحدهما: أنه يضمن ذلك في حق الزوجة لا في حق العبد، فلزمته نفقة الزوجة، ولم تلزمه أجرة العبد.

والثاني: أن حال إجباره أعظم من حال خياره، فلما لزمه في حال الاختيار ضمان النفقة فأولى أن يلزمه في حال الإجبار ضمان النفقة، فأما إذا قهره على نفسه ليلاً وأرسله نهاراً، فقد تعدى كتعديه لو قهره نهاراً، غير أنه يضمن زمان نهاره، ولا يضمن زمان ليله.

والفرق بينهما: أن زمان ليله مستحق الاستمتاع الذي لا يقابله عوض فلم يضمن، وزمان نهاره مستحق للكسب الذي يقابله عوض فضمن.

فصل: فإن التزم السيد لها المهر والنفقة، فله أن يستخدمه في مصره وله أن يسافر به لأمرين:

أحدهما: أن السيد إذا التزم له المهر والنفقة سقط ما التزمه بالزوجية، فعاد إلى ما كان عليه من قبل، وقد كان له أن يستخدمه في الحضر والسفر، فكذلك الآن.

والثاني: أن منزلة السيد مع عبده كمنزلة الحر في نفسه، فكل ما جاز للحر أن يفعله مع زوجته من تصرف في الحضر وتقلب في السفر، جاز للسيد أن يفعله مع عبده. وإذا كان كذلك، فللسيد حالتان:

إحداهما: أن يستخدمه في مصره، فله أن يستخدمه نهاراً، وعليه أن يرسله للاستمتاع

بزوجته ليلاً، لأن زمان الاستخدام هو النهار، فتعلق حق السيد به دون الليل، وزمان الاستمتاع هو الليل فتعلق حق العبد به دون النهار.

والحال الثانية: أن يسافر به، فله أن يسافر به ويقطعه عن زوجته ليلاً ونهاراً.

فإن قيل: أفليس الليل في الحضر مستثنى من حق السيد، فهلا كان في السفر كذلك؟. قيل: لأن السيد في الحضر قد يصل إلى حقه من استخدام النهار إذا أرسله ليلاً للاستمتاع، ولا يصل في السفر إلى حقه من استخدام النهار إذا أرسله ليلاً للاستمتاع، فلذلك صار زمان الليل مستثنى من حق السيد من الحضر، وغير مستثنى في السفر، إلا أن تكون الزوجة مسافرة مع العبد، فيستوي حكم الحضر والسفر في استثناء الليل منهما وأما إن كان السيد ممن عمله واستخدامه في الليل دون النهار كالبزازين والدجاجين والحدادين، صار الليل زمان استخدامه لعبده، والنهار زمان إرساله للاستمتاع بزوجته، ولا ينبغي للسيد أن يسافر بعبده عند استغنائه عنه قصداً للاضرار به وبزوجته، وكذلك في مصره.

فأما قول الشافعي: «وله أن يسافربعبده» فقد ذكرنا جوازه. وقوله: «يمنعهُ من الخروج من بيتهِ إلى امرأته في مصره» ففيه تأويلان:

أحدهما: قاله أبو حامد: أنه يمنعه من الخروج من بيته إذا كانت امرأته فيه، فإن كانت خارجة منه لم يكن له منعه من الخروج إليها.

والثاني: وهو أشبه التأويلين عندي، أنه يمنعه من الخروج من بيته نهاراً لأنه زمان الاستخدام، وليس له أن يمنعه من الخروج ليلاً في زمان الاستمتاع. ألا ترى الشافعي قال بعد ذلك «إلا في الحين الذي لا خدمة له فيه» يعني: الليل.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو قالتْ له أمته: اعتقْنِي على أن أنكحَكَ وصَدَاقِي عتقي، فأعتقهَا على ذلك، فلها الخيارُ في أن تنكحَ أو تدَعَ، ويرجعَ عليها بقيمتها. فإنْ نكحتْهُ ورضِيَ بالقيمةِ التي له عليها، فلا بأس. قال المزني: ينبغي في قياس قوله أن لا يجيزَ هذا المهرَ حتى يعرفَ قيمةَ الأمةِ حينَ أعتقهَا، فيكون المهرُ معلوماً، لأنه لا يجيزُ المهر غير معلوم)[1].

قال الماوردي: إذا أعتق السيد أمته على أن تتزوج به ويكون عتقها صداقها، إما إن

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٤.

ابتداءها بذلك، أو سألته فأجابها إلى ذلك، فقد عتقت وهي بالخيار في الحالتين: بين أن تتزوج به، أو لا تتزوج. وقال أحمد بن حنبل: قد صارت له بهذا العتق زوجة من غير عقد. وقال الأوزاعي: لا تصير زوجة بالعتق، ولكن تجبر على أن تتزوج به بعقد مستجد.

واستدل أحمد: بأن رسول الله ﷺ أعتق صفية وجعلَ عِتْقَها صداقَها[١]، ولم ينقلْ عنه أنه عقد بعد العتق عليها ثم دخلَ بها وأولم. واستدل الأوزاعي: بأنه لو أعتقها على معلوم من خدمة أو عمل أخذت به جبراً، فكذلك على التزويج.

ودليلنا هو: أن بدل العوض على نكاح في الذمة لا يصح، كما لو أعطاها ألفاً على أن تتزوج به بعد يوم لم يصح، كذلك هذا. ولأن الذمة إنما ثبتت فيها الأموال والأعمال، فالأموال كالقرض والسلم، والأعمال كالبناء والخياطة. فأما العقود فلا تثبت في الذمة، كما لو أعطاه ثوباً على أن يبيعه داراً ويؤجره عبداً، لم يصح. كذلك النكاح لا يثبت في الذمة بما تقدم من العتق، وفي هذا الاستدلال انفصال عما استدل به الأوزاعي. ولأن قطع الخيار قبل استحقاق ما يملك به الخيار لا يصح، كما لو أسقط الشفيع خياره في أخذ الشفعة قبل البيع لم يسقط الخيار بعد البيع، كذلك خيار المعتقة في التزويج يكون بعد العتق، فلا يصح إسقاطه قبل العتق.

ويدل على أحمد، خصوصاً أن العتق مزيل لملك المعتق عن الرقبة والمنفعة، فلم يجز أن يثبت به عقد النكاح الذي هو بعض تلك المنفعة، لأن ما أوجب نفي شيء استحال أن يوجب إثباته وإثبات بعضه، لكونهما ضدين متنافيين وأما استدلال أحمد بحديث صفية، فعنه جوابان:

أحدهما: أنه قد روي أن النبي ﷺ أعتقَها وتزوجها فبطلَ استدلالهُ به[٢].

والثاني: أن النبي ﷺ مخصوص في مناكحه بما ليس لغيره. قال المزني: سألتُ الشافعيّ عن حديث صفية: أن النبي ﷺ أعتقَها وجعلَ عتقَها صداقها[٣].

قال الشافعي: للنبي ﷺ في النّكاحِ ما ليسَ لغيرهِ قال المزني: كأنه ذهب إلى أنه مخصوصٌ بالنبي ﷺ[٤].

---

(١) سبق تخريجه. (٢) سبق تخريجه. (٣) سبق تخريجه.

(٤) في مختصر المزني، ص: ١٦٤. قال المزني: سألت الشافعي رحمه الله عن حديث صفية رضي الله عنها: أن النبيّ ﷺ أعتقها وجعل عتقها صداقها، فقال للنبيّ ﷺ في النكاح أشياء ليست لغيره.

فاختلف أصحابنا فيما خصّ به من أمر صفية على أربعة أوجه:

أحدها: أنه خصّ من أمر صفية بأن صار عتقها نكاحها، ولا يصير عتق غيره من أمته نكاحاً.

والثاني: أنه خص بأن وجب عليها أن تتزوج به، ولا يجب عليها أن تتزوج بغيره.

والثالث: أن خص بأن لم يلزمه لها صداق، وغيره يلزمه الصداق.

والرابع: أنه خص بأن صارت قيمتها وإن جهلت صداقاً منه، ولا تكون القيمة إذا جهلت صداقاً من غيره.

فصل: فإذا ثبت أنها لا تجبر على نكاحه إذا أبت، فكذلك لو بذلت له نفسها لم يجبر على نكاحها إذا أبى، لأن الشرط إذا لم يوجب إجبارها لم يوجب إجباره، وكان كل واحد منهما على خياره، وإذا كان كذلك فلهما حالتان:

إحداهما: أن يتناكحا.

والثانية: أن لا يتناكحا.

فإن لم يتناكحا: إما لامتناعه، أو امتناعها، فله عليها قيمتها. وإنما وجبت له عليها قيمتها، لأنه أعتقها على شرط منع الشرع من لزومه، فإذا فاته الرجوع برقبتها لنفوذ العتق رجع بقيمتها، كما لو أعتقها على خمر أو خنزير تجب له القيمة يوم العتق لا يوم الرجوع بالقيمة، لأن بالعتق وقع الاستهلاك الموجب للقيمة. وهكذا لو أعتق على هذا الشرط أم ولده، أو مكاتبته أو مدبرته، لم يلزمهن أن يتزوجن به، وكان له على كل واحدة منهن قيمتها لأنهن سواء في بقاء رقِّهن، فتساوين في عتقهن.

وهكذا لو أعتقهن على أن يتزوج بهن، ولم يقل على أن عتقهن صداقهن، كان العتق نافذاً، وله عليهن قيمتهن، لأن الشرط الذي هو في مقابلة عتقهن لم يلزمهن، فوجب العدول عنه إلى قيمتهن.

فصل: فإن اتفقا على أن ينكحها فعلى ثلاثة أقسام:

أحدها: أن ينكحها على صداق معلوم معيناً أو في الذمة، فالنكاح والصداق جائزان، وله عليها قيمتها، ولها عليه صداقها. فإن كان الصداق معيناً لم يجز أن يكون قصاصاً،

وكذلك لو كان في الذمة من غير جنس القيمة لم يكن قصاصاً أيضاً، وإن كان من جنس القيمة فهل يكون قصاصاً أم لا؟ على ما ذكرنا من الأقاويل الأربعة.

والقسم الثاني: أن ينكحها على أن يكون عتقها صداقها، فالنكاح جائز، والصداق باطل. وقال أبو حنيفة: الصداق جائز. وهذا خطأ، لأن العتق ليس بمال ولا عمل يعتاض عليه بمال، فلم يجز أن يكون صداقاً وصح النكاح، لأن بطلان الصداق لا يوجب فساد النكاح، فيكون لها عليه مهر مثلها، كما لو تزوجها على صداق فاسد من حرام أو مجهول، ويكون له عليه قيمتها. فإن كانت القيمة ومهر المثل من جنسين مختلفين لم يكونا قصاصاً، وإن كانا من جنس واحد، فهل يكونا قصاصاً أم لا؟ على ما ذكرنا من الأقاويل.

والقسم الثالث: أن ينكحها على أن تكون قيمتها صداقها، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكونا عالمين بقدر القيمة، فيكون النكاح والصداق جائزين، لأنه تزوجها على معلوم في ذمتها، فصار كما لو تزوجها على دين في ذمتها من ثمن أو قرض، ويبرأ من قيمتها بالصداق، وتبرأ من صداقها بالقيمة.

والضرب الثاني: أن يكونوا جاهلين بقدر القيمة أو أحدهما، فالنكاح جائز، وفي بطلان الصداق قولان:

أحدهما: وهو قوله في الجديد واختاره المزني، وأبو إسحاق المروزي: أن الصداق باطل، لأن الجهالة به تمنع من صحته، كما لو تزوجها على عبد غير موصوف ولا معين.

والقول الثاني: قاله في القديم، واختاره أبو علي بن خيران، وأبو علي بن أبي هريرة: أن الصداق جائز، بناء على قوله في القديم: أن الصداق المعين إذا بطل وجب الرجوع بقيمته لا بمهر المثل، فصح ها هنا، لأن قيمة الصداق هي القيمة المستحقة.

فصل: فإذا أراد سيد الأمة أن يتوصل إلى عتقها ونكاحها من غير أن يكون لها خيار في الامتناع بعد العتق، فقد قال أبو علي بن خيران: إنه يقدر على التوصل إلى ذلك بأن يقول لها: إن تزوجتك في غد فأنتِ اليوم حرة، فهي ما لم يتزوجها في غد باقية على الرق، لا خيار لها في نفسها. وإذا تزوجها، أوجب التزويج تقدم عتقها، وبان أن العقد وقع عليها وهي حرة قبله بيوم فصح.

وقال سائر أصحابنا: هذا خطأ، والنكاح فاسد، لأن العتق لا يقع إلا بعد تمام العقد،

فصار العقد واقعاً في حال الرق، ولا يصح لأحد أن ينكح أمته، فبطل العقد وإذا لم يقع العتق إذا علق بعقد، تعلق بصحيحه دون فاسده.

فصل: وإذا قالت المرأة لعبدها: قد اعتقتك على أن تتزوج بي، أو ابتدأها العبد فقال: اعتقيني على أنْ أتزوج بك، فأعتقته، عتق في الحالين ولم يلزمه أن يتزوج بها، ولا يلزمها إن رضي أن تتزوج به لما قدمناه، ولا قيمة لها على عبدها، بخلاف عتق السيد لأمته على الشرط.

والفرق بينهما: أن ما أوجبه عقد النكاح من التمليك يستحقه الزوج دون الزوجة، فإذا شرطه السيد على أمته كان شرطاً له، فإذا فاته رجع ببدله، كما لو أعتقها على مال يأخذه منها استحقه عليها وإذا شرطته المرأة على عبدها كان شرطاً عليها، فلم يكن سقوطه عنها موجباً لرجوعها عليه ببدله، وصار كما لو أعتقه على مال يدفعه إليها لم يلزمها دفع المال إليه، ولم يكن لها عليه شيء.

فصل: وإذا قال الرجل لسيد عبد: أعتق عبدك على أن أزوجك بنتي، فأعتقه على هذا الشرط، نفذ الشرط ولم يلزمه تزويج بنته به لما ذكرنا: من أن عقد النكاح لا يصح فيه السلف، ولا يثبت في الذمة. ثم ينظر: فإن كان قال له: أعتق عبدك عنِّي على أن أزوجك بنتي، كان العتق واقعاً عن الباذل للنكاح دون السيد، وكان للسيد أن يرجع عليه بقيمة عبده، لأنه أعتقه عنه على بدل لم يحصل له. وإن كان قال له: اعتقه عن نفسه على أن أزوجك بنتي، ففي وجوب قيمة العبد عليه وجهان مخرجان من اختلاف قوله فيمن قال لغيره: اتق عبدك عن نفسك على ألف لك عليّ، ففي وجوب الألف عليه قولان:

أحدهما: لا يجب عليه، لأنه لم يعد عليه في مقابلة ذلك نفع، فعلى هذا لا يجب ها هنا عليه قيمة.

والقول الثاني: يجب عليه القيمة الألف، كما لو قال: طلق زوجتك على ألف لك علي، لزمته الألف كذلك في العتق. فعلى هذا يجب عليه ها هنا القيمة.

فصل: وإذا أعتق الرجل أمته في مرض موته وهي تخرج من ثلث ماله في حال عتقها، ثم تزوجها، ففي النكاح وجهان بناء على اختلاف أصحابنا في العتق: هل وقع ناجزاً في الظاهر، أو موقوفاً؟.

فأحد الوجهين: وهو قول أبي العباس ابن سريج: إنه وقع ناجزاً في الظاهر، لخروجها من الثلث في حال العتق. فإن صح من مرضه أو مات وهي خارجة من ثلثه، استقر العتق من وقت التلفظ به. فإن تلف ماله ثم مات فلم يخرج من ثلثه، أبطل العتق الواقع في الظاهر بما تجدد من النسب المانع.

والوجه الثاني: وهو قول ابن الحداد، وبعض المتأخرين: أن العتق موقوف على ما يكون من موت السيد أو صحته، ولا يحكم له في الحال بصحة ولا فساد. فإن صح أو مات وهي خارجة من ثلثه، بان أن العتق كان واقعاً باللفظ. وإن مات وهي غير خارجة من ثلثه لتلف ماله، أو حدوث دين أحاط بجميعه، بان أن العتق لم يقع، لأن ما تردد بين أمرين لم يقطع بأحدهما، ووجب أن يكون موقوفاً على ما يستقر منها. فإذا تقرر هذان الوجهان تفرع النكاح وغيره من الأحكام عليهما فإذا قيل بالوجه الأول: أن العتق وقع ناجزاً في الظاهر، جاز له أن يتزوجها، وأن يزوجها بغيره، وجاز لو وهبها ولم يعتقها أن يطأها الموهوبة له، وقبلت شهادتهما، وحد قاذفها، وإن قذفت أكمل حدها، وترث وتورث.

وإذا قيل بالوجه الثاني: أن العتق موقوف، لم يجز أن يتزوجها ولا أن يزوجها، وكان النكاح إن تزوجها أو زوجها باطلاً، لأن النكاح لا ينعقد موقوفاً، ولم يجز إن وهبت ولم يعتق أن يطأها الموهوبة له، ولا يتصرف فيها، لأنه كما يكون العتق موقوفاً فكذلك الهبة تكون موقوفة، ولا تقبل شهادتهما، ولا يحد قاذفها، وإن قذفت لم يكمل حدها، ويقف ميراثها على ما سنبين من أمرها.

فصل: فإذا وضع ما وصفنا فسنذكر حكم النكاح إن صح أو فسد.

فإذا قيل: إن النكاح باطل، فإن لم يدخل بها السيد حتى مات فلا مهر لها ولا عدة عليها، وهي حرة إن خرجت من الثلث وقت الوفاة، فإن عجز الثلث عنها عتق منها قدر ما احتمله الثلث على ما سنذكره، ورق باقيها، إن لم يمض الورثة عتقها.

وإن قيل: إن النكاح صحيح ومات، والثلث يحتمل جميع قيمتها، استقر عتقها، وعليها عدة الوفاة دخل بها السيد أو لم يدخل، ولا ميراث لها لأن ثبوت الميراث يؤدي إلى سقوطه، لأن عتقها في المرض وصية لها. وإذا ورثت منعت الوصية، وإذا منعت الوصية بطل العتق، وإذا بطل العتق بطل النكاح، وإذا بطل النكاح سقط الميراث، وما أدى ثبوته إلى نفيه لم يثبت.

فأما المهر، فإن كان بقدر مهر المثل فما دون أخذته من رأس المال، وإن كان أكثر من مهر المثل كان قدر مهر المثل من رأس المال، وكانت الزيادة عليه وصية لها يعطاها من الثلث إن احتملها، لأنها غير وارثة. فلو كانت قيمتها تخرج من الثلث وقت العتق، ولا تخرج من الثلث وقت الموت، نظر في الورثة: فإن لم يجيزوا ما زاد على الثلث، أعتق منها قدر ما احتملته الثلث، ويرق الباقي، وكان النكاح باطلاً على الوجهين معاً. فإن لم يدخل بها فلا مهر لها، وإن دخل بها كان لها من مهر المثل بقدر ما عتق منها، وسقط منه بقدر ما رق. وإن أجاز الورثة العتق عتق جميعها، فأما النكاح فعلى اختلاف قولي الشافعي في إجازة الورثة: هل هي تنفيذ للوصية، أو ابتداء عطيه؟.

فإن قيل: إنها تنفيذ ما فعله الموصي كان النكاح جائزاً، وإن قيل: إنها ابتداء عطية منهم، كان النكاح باطلاً فلو كانت قيمتها تخرج من الثلث وقت العتق ووقت الموت، وكان المهر إن دفع نقص الثلث عن قيمتها، نظر: فإن لم يكن قد دخل بها فلا مهر لها، والعتق في جميعها نافذ، والنكاح على قول أبي العباس جائز، لأن ثبوت المهر يؤدي إلى سقوطه لعجز الثلث عن قيمتها، وعجزه يؤدي إلى رق بعضها، ورق بعضها يؤدي إلى بطلان نكاحها وسقوط مهرها، وما أدى ثبوته إلى سقوطه لم يثبت. وإن كان قد دخل بها فقد استحقت بالدخول مهر المثل، فإن أبرأت منه اتسع الثلث لقيمتها، فنفذ عتقها، وصح نكاحها. وإن طالبت به استحقت منه بقدر ما تحرر من عتقها، وكان نكاحها باطلاً، وسقط منه بقدر ما رق منها ودخله الدور.

وسنذكر من طريق العمل ما يعلم به قدر ما تحرر من العتق على حقيقته.

فصل: فنقول: إذا أعتق في مرضه أمة له قيمتها مائة درهم لا مال له غيرها، وتزوجها على صداق مائة درهم ومهر مثلها خمسون درهماً، فالنكاح باطل على الوجهين معاً.

فإن لم يدخل بها فلا مهر لها، وعتق ثلثها إن لم يجز الورثة عتق جميعها. وإن دخل بها، فإن أبرأت من المهر عتق منها الثلث ورق الثلثان، وإن طالبت بما تستحقه من مهر مثلها دخل الدور وبيان العمل فيه من طريق الجبر، أن تقول للأمة بالعتق شيء، ولها بالمهر نصف شيء، لأن مهر مثلها نصف قيمتها، وللورثة شيئان مثلاً مما يخرج بالعتق، يصير الجميع ثلاثة أشياء ونصف شيء، فاضربها في مخرج الكسر الذي هو النصف وذلك اثنان، تكن سبعة أشياء: للعتق منها سهمان، فتعتق سبعاها وذلك ثمانية وعشرون درهماً وأربعة

أسباع درهم، وللمهر سهم هو سُبعاها وقيمته أربعة عشر درهماً وسبعان، وذلك سُبعا مهر مثلها، وهو مهر ما عتق منها، ويرق للورثة أربعة أسباعها وذلك تسعة وخمسون درهماً وسُبُع درهم، وهو مِثْلاَ ما عتق منها، ثم يقال للورثة: إن دفعتم قيمة السبع المستحق في المهر صار لكم خمسة أسباعها، وإن لم يدفعوه بِيْعَ ودفع ثمنه إليها والله أعلم.

فصل: وإذا عتق في مرضه أمة قيمتها مائة درهم، وتزوجها على صداق مائة درهم، ومهر مثلها خمسون درهماً، ومات وخلف معها مائتي درهم، فقيمتها تخرج من الثلث، فيكون النكاح على وجهين:

أحدهما: وهو قول ابن الحداد، ومن تابعه أن النكاح باطل. فعلى هذا إن لم يدخل بها فلا مهر لها، وقد عتق جميعها. وإن دخل بها، فإن أبرأت من مهر مثلها عتق جميعها أيضاً، وإن لم تبرأ منه وطلبته رق منها بقدر ما عجز به الثلث عن قيمتها بالخارج في مهرها، وبابه من طريق الجبر ما قدمناه، وهو أن يقول لها بالعتق شيء، وبالمهر نصف شيء، وللورثة شيئان، يصير الجميع ثلاثة أشياء ونصف شيء، أضربها في مخرج النصف وهو اثنان، فيكون سبعة أشياء، فيعتق منها سهمان سُبُعَا التركة وذلك ستة أَسْبَاع رقبتها، لأن التركة ثلاثمائة وقيمتها مائة، فيكون قيمة ستة أسباعها خمسة وثمانين درهماً وخمسة أسباع درهم، ويكون لها ستة أسباعها اثنين وأربعين درهماً وستة أسباع درهم، ويكون للورثة أربعة أسباع التركة وهو مائة وواحد وسبعون درهماً وثلاثة أسباع درهم، وهو قدر السُّبُع الموقوف منها، والباقي من التركة بعد مهرها، لأن قيمة سبعها أربعة وعشرون درهماً وسبعان، والباقي من المائتين بعد الخارج في مهرها مائة درهم وسبعة وخمسون درهماً وسبع.

والوجه الثاني: وهو قول أبي العباس ابن سريج: أن النكاح جائز. فعلى هذا، إن لم يدخل بها فلا مهر لها وعتق جميعها نافذ لخروج جميع قيمتها من الثلث، وسقط المهر لأن ثبوته يؤدي إلى سقوطه لنقصان الثلث به، فلم يثبت وإن دخل بها، فإن أبرأت من مهرها نفذ العتق في جميعها، وإن طلبته بطل النكاح لنقصان الثلث عن قيمتها وحكم لها بقدر ما تستحقه من مهر المثل دون المسمى، لأنه بفساد النكاح يبطل المسمى، وكان وجه العمل فيه من طريق الجبر ما ذكر، والقدر الذي يتحرر من عتقها ما وصفنا وبالله التوفيق.

باب اجتماعِ الولاةِ وأوْلَاهُمْ وتفرقهم وتزْويج الْمَغْلُوبِينَ على عُقولهِمْ وَالصِّبْيَانِ(١)

قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولا ولايةَ لأحدٍ مع الأب، فإن مات فالجدّ ثم أبُ الجدِّ ثم أبو أبي الجدّ كذلك، لأن كلَّهم في الثَّيِّبَ والبكْر سواء)(٢).

قال الماوردي: وهذا كما قال، أقرب أولياء المرأة إليها وأحقهم بنكاحها الأبُ، لأنها بضعـه وهي منه بمثابة نفسه. روي عن النبي ﷺ أنه قال «فاطمةُ بِضْعَةٌ منّي يريبُني ما يُريبُها»(٣).

وقد قيل في تأويل قوله تعالى: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ﴾(٤): أن الأنفس ها هنا الأولاد. ولأن الأب أكثر العصبات شفقة وحباً وأعظمهم رقة وحنواً، فصار بها أمسّ وبطلب الحظ لها أخص، وكذلك قال النبي ﷺ: «الولد مَبْخَلَةَ مَحْزَنة مَجْهَلَة مَجْبَنَة»(٥).

ولأن سائر العصبات به يدلون وإليه ينتسبون، والمدلى به أقوى من المدلي، ولأنه

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٥. وتتمة العنوان: «من الجامع من كتاب ما يحرم الجمع بينه من النكاح القديم، وإنكاح المأذون له، وغير ذلك».

(٢) مختصر المزني، ص: ١٦٥.

(٣) حديث المِسْوَر بن مخرمة: أخرجه البخاري في فضائل الصحابة (٣٧١٤) و(٣٧٦٧) والطلاق (٥٢٧٨) ومسلم في الفضائل (٢٤٤٩) (٩٣) وأحمد: ٤/٣٢٨ والترمذي (٣٨٦٧) وأبو داود (٢٠٧١) وابن ماجة (١٩٩٨) والبيهقي: ٧/٣٠٧ و١٠/٢٨٨ ـ ٢٨٩ والبغوي (٣٩٥٨) و(٣٩٥٧).

(٤) سورة النساء، الآية: ١٣٥.

(٥) حديث يَعْلَى العامري، أخرجه ابن ماجة في الأدب (٣٦٦٦) أنه قال: جاء الحسن والحسين يسعيان إلى النبيّ ﷺ، فضمّهما إليه وقال: «إن الولد مَبْخَلَةٌ مجْبَنَةٌ». وفي الزوائد: إسناده صحيح وأحمد: ٤/١٧٢ وزاد: «وإن آخر وطأة وطئها الرحمن عز وجل بوج». والحاكم: ٣/ ١٦٤ على شرط الشيخين، ووافقه الذهبي.

يلي على المال والنكاح، فكان أقوى ممن تفرد بالولاية على النكاح فصار الأب بهذه المعاني الأربعة أولى بالولاية في النكاح من سائر العصبة.

فصل: فإن مات الأب أو بطلت ولايته بكفر أو رق أو جنون أو فسوق، فالجد أبو الأب أحق العصبات بالولاية بعد الأب. وقال مالك: الأخ بعد الأب أحق بالولاية من الجد، لأن الأخ ابن الأب، والجد أبو الأب، والابن أقوى تعصيباً من الأب.

وهذا خطأ، لأن في الجد، بضعية ليست في الأخ، فصار بها مشابهاً للأب، ولأن للجد ولاية على المال والنكاح، فكان أولى من الأخ الذي تختص ولايته بالنكاح، ولأن الجد قد كانت له ولاية على الأب فكان بعده أولى من الأخ الذي قد كان تحت ولاية الأب.

فأما استدلاله بأن الأخ ابن الأب، فكان أولى من ابنه ففاسد بابن المرأة وأبيها.

فصل: فإن مات الجد أو بطلت ولايته بكفر أو رق أو جنون أو فسق، فالولاية بعد لأبيه، ثم تنتقل عنه إلى من فوقه من الآباء كلما عدم الأقرب كانت الولاية بعده لمن هو أبعد حتى ينفذ جميع الآباء، فيكون الجد الأبعد بما فيه من الولادة والبضعية أحق بالولاية من الأخ وإن قرب، ويكون الأجداد وإن بعدوا في إجبار البكر واستثمار الثيب كالأب والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولا ولايةَ لأحدٍ بعدَهُم مع الأخوةِ ثم الأقرب فالأقرب من العصبة. قال المزني: واختلفَ قولُه[1] فقال في الجديد: مَنِ انفردَ في درجَة بأمٍ كان أولى، وقال في القديم: هما سواء إلى آخر الفصل من كلامه)[2].

قال الماوردي: اعلم أن الولاية في النكاح تكون للأب، ثم لمن ناسب الأب، ولا يستحقها بالنسب من لم يرجع بنسبه إلى الأب، فيكون الأب أصلاً يرجع إليه كل من استحق الولاية بالنسب. وإذا كان كذلك فالآباء من جملة العصبات عمود يستحق الولاية، منهم

(١) في مختصر المزني، واختلف قوله في الإخوة.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٦٥. وتتمة الفصل: «قال المزني: قد جعل الأخ للأب والأم في الصلاة على الميت أولى من الأخ للأب، وجعله في الميراث أولى من الأخ للأب. وجعله في كتاب الوصايا الذي وضعه بخطه لا أعلمه سمع منه، إذا أوصى لأقربهم به رحماً، أنه أولى من الأخ للأب. قال المزني: وقياس قوله، أنه أولى بإنكاح الأخت من الأخ للأب».

الأقرب فالأقرب، ومن سواهم من العصبات درج مرتبته يخرج من كل درجة عمود، وكل درجة تتقدم بعمودها على ما بعدها، وتتأخر بعمودها عما قبلها فإذا انقرض عمود الآباء كانت:

الدرجة الأولى: بنو الأب وهم الأخوة، وعمودها بنوهم وإن سفلوا.

والدرجة الثانية: بنو الجد وهم الأعمام، وعمودها بنوهم وإن سفلوا.

والدرجة الثالثة: بنو أبي الجد وهم أعمام الأب، وعمودها بنوهم وإن سفلوا ثم كذلك بنو أب بعد أب حتى ينقرض بنو جميع الأباء، فيصير أحق العصبات بالولاية بعد الآباء الأخوة وبنوهم وإن سفلوا، ثم الأعمام وبنوهم وإن سفلوا، ثم أعمام الأب وبنوهم وإن سفلوا، ثم أعمام الجد وبنوهم وإن سفلوا، ثم أعمام أبي الجد وإن سفلوا، ثم أعمام جد الجد وبنوهم وإن سفلوا. كذلك أبداً حتى ينقرض بنو الآباء كلهم، فلا يبقى بعدهم ولي مناسب، فتنتقل حينئذ الولاية عن المناسبين إلى غيرهم من الموالي المعتقين، ثم إلى عصبتهم على ما سنذكره، ثم إلى السلطان فهو ولي من لا ولي له[1].

فصل: فإذا تقررت هذه القاعدة في ترتيب العصبات لاستحقاق الولاية، فأولى درجة تنتقل إليها الولاية بعد الآباء الأخوة، والأخوة ثلاثة أقسام: إخوة لأب وأم، وإخوة لأب، وإخوة لأم.

فأما الأخوة للأم فلا ولاية لهم سواء اجتمعوا مع غيرهم من العصبات أو انفردوا، لأنهم لما أدلوا بالأم ولم يرجعوا بنفسهم إلى الأب خرجوا من جملة العصبات المناسبين، فلم يكن لهم ولاية.

وأما الأخوة للأب والأم والأخوة للأب فلهم الولاية، فأي الفريقين انفرد كان ولياً، فإن انفرد الأخ للأب والأم كانت الولاية له، وإن انفرد الأخ للأب كانت الولاية له، وإن اجتمعا ففيه قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم[2]، وهو مذهب مالك، وأبي ثور: أنهما سواء، ولا يقدم الأخ للأب والأم على الأخ للأب في الولاية على النكاح، وإن قدم عليه في الميراث لأمرين:

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٦٥.

أحدهما: أن الأم لا مدخل لها في ولاية النكاح، فلم يترجح من أدلى بها، لأن المدلى به أقوى من المدلي، وليس كالميراث الذي يقدم فيه الأخ للأب والأم على الأخ للأب، لأن للأم في الميراث مدخلاً فلذلك يرجح من أدلى بها.

والثاني: أن ولاية النكاح يختص بها الذكور، فلم يترجح فيها من أدلى بالإناث كتحمل العقل.

والقول الثاني: قاله في الجديد، وهو مذهب أبي حنيفة: أن الأخ للأب أحق بالولاية من الأخ للأب، لأمرين:

أحدهما: أن الإدلاء بالأم كالتقدم بدرجة بدليلين:

أحدهما: أن الأخ للأب والأم يحجب الأخ للأب.

والثاني: أن للأخت من الأب مع الأخت من الأب والأم السدس، كما يكون لبنت الابن مع بنت الصلب. وإذا كان الإدلاء بالأم كالتقدم بدرجة، بهذين الدليلين وجب أن يكون أولى بالولاية. وقد عَبَّرَ المزني عن هذا الاستدلال: بأن المدلي بالأبوين أقرب ممن أدلى بأحدهما، استناداً بالوصايا فيمن وصى بثلث ماله لأقرب الناس به وترك أخوين أحدهما لأب وأم والآخر لأب، أنه يكون الأخ للأب والأم اتفاقاً لاختصاصه بالقرب، فكذلك في ولاية النكاح. فهذا وجه.

والثاني: أن الأخ للأب والأم لإدلائه بالنسبين واشتراكه في الرحمين أكثر إشفاقاً وحباً ممن تفرد بأحدهما، فصار بمعنى الولاية أخص، وبطلب الحظ فيها أمسّ، كما كان الأب لاختصاصه بهذا المعنى أحق بها من سائر العصبات، وهكذا الصلاة على الميت في أحقهما بها قولان. وهكذا في تحمل العاقلة للدية إذا كان فيها أخ لأب وأم وأخ لأب قولان. فتكون هذه المسائل الثلاث على قولين.

فأما في الميراث والولاء والوصية للأقرب، فالأخ للأب والأم في هذه المسائل الثلاث أحق من الأخ للأب. والله أعلم.

فصل: فإذا تقرر هذان القولان في الأخوين، فهكذا بنوهما، فيكون ابن أخ لأب وأم وابن أخ لأب في أحقهما بالولاية قولان، وهكذا بنو بني الأخوين وإن سفلوا إذا استووا في الدرج. فإن اختلف درجهم قدم الأقرب، فيكون الأخ للأب أولى من ابن الأخ للأب

والأم، وكذلك من بعده وهكذا الأعمام وبنوهم، كالأخوة وبنيهم. فالعم للأب لا ولاية له لخروجه من العصبات، فإن تفرد بها عم لأب وأم كانت الولاية له، وإن تفرد بها عم لأب كانت الولاية له، وإن اجتمعا فعلى القولين الماضيين.

أحدهما: وهو القديم أنهما سواء.

والثاني: وهو الجديد: أن العم للأب أولى.

وهكذا بنو هذين العمين على القولين، فإن اختلف الدرج قدم الأقرب وإن كان لأب فيكون العم للأب أولى من ابن العم للأب والأم، وهكذا الكلام في أعمام الآباء والأجداد منهم.

فصل: وإذا كان للمرأة أبناء عم أحدهما أخ لأم ففيهما قولان كالأخ من الأب والأم والأخ من الأب. فإن قيل: إنهما سواء، كان أبناء العم سواء وإن كان أحدهما أخاً لأم، فإن قيل: إن الأخ للأب والأم أولى، كان ابن العم الذي هو أخ لأم أولى لفضل إدلائه بالأم، فأما العمّان إذا كان أحدهما خالاً فهما سواء، لأن الخال لا يرث، فلم يترجح به أحدهما على الآخر. والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولا يزوِّجُ المرأةَ ابنُها إلا أن يكونَ عصبةً لها)[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال، لا ولاية للابن على أمه، وليس له أن يزوجها بالبنوة. وقال مالك وأبو حنيفة وصاحباه، وأحمد، وإسحاق: يجوز للابن أن يزوج أمّه.

واختلفوا في ترتيبه مع الأب، فقال مالك، وأبو يوسف، وإسحاق: الإبن أولى بنكاحها من الأب. وقال أحمد بن حنبل، ومحمد بن الحسن: الأب أولى ثم الابن. وقال أبو حنيفة: هما سواء وليس أحدهما بأولى من الآخر، فأيهما زوجها جاز.

واستدلوا جميعاً على ثبوت ولاية الابن عليها، بأن النبيّ ﷺ لما خطبَ أمَّ سَلَمة قالت: يا رسولَ اللّهِ ما لي وليٍ حاضِرٌ فقال: ما لك ولي حاضرٌ ولا غائب إلا برضائي، ثم قال لابنها عمر بن أبي سلمة: قُمْ يا غلام فزوِّجْ أمك[٢].

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٥.

(٢) الحديث، سبق تخريجه.

قالوا: وقد روي أن أنس بن مالك زوَّج أمَّه أم سليم من عمه أبي طلحة، فلم ينكره رسول الله ﷺ. ولأن ابن المرأة عصبة لها، فجاز أن يكون ولياً في نكاحها كالأب. ولأن تعصيب الابن أقوى من تعصيب الأب، لأنهما إذا اجتمعا سقط بالابن تعصيب الأب، وصار معه ذا فرض، فاقتضى أن يكون أولى بتزويجها من الأب. ولأن الولي إنما يراد لحفظ المنكوحة من تزويج من لا يكافئها فيدخل العار على أهلها، والابن أدفع للعار عنها وعن نفسه من سائر الأولياء لكثرة أنفته وعظم حميته، فكان أحق بنكاحها منهم.

ودليلنا هو: أن كل نسب لا يملك به أبو المنتسب الولاية، لم يملك به المنتسب الولاية كالأخ من الأم طرداً، وكالأخ من الأب عكساً. ولأن كل ذي نسب أدلى بمن لا يملك الإجبار على النكاح، لم يكن ولياً في النكاح كابن الأخت طرداً، وكابن الأخ عكساً. ولأن من لم يجمعهما نسب، لم تثبت بينهما ولاية النسب كالابن من الرضاع.

فإن قيل: فالابن مناسب، والمرتضع غير مناسب. قيل: الابن غير مناسب لأمه لأنه يرجع بنفسه إلى أبيه، لا إليهما. ألا ترى أن ابن العربية من النبطي نبطي، وابن النبطية من العربي عربي؟ ولأن ولي الأختين المتناسبتين واحد، وولاية الأخوين المتناسبين واحدة، فلما لم يملك الابن تزويج خالته، لم يملك تزويج أمه، ولما لم يملك أخوه لأبيه تزويج أمه، لم يملك هو تزويج أمه. ويتحرر من هذا الاعتلال قياسان:

أحدهما: أن من لم يملك تزويج امرأة لم يملك تزويج أختها المناسبة لها قياساً على ابن البنت طرداً، وعلى ابن العم عكساً.

والثاني: إنها امرأة لا تملك إخوة المناسب له تزويجها، فلم يملك هو تزويجها كالخالة طرداً وكالعمة عكساً. ولأن موضع الولاية بالنسب أن يكون على الولد، فلم يجز أن يصير الولد قياساً على ولاية المال، ولأن ولايته على نكاحها لا تخلو أن تكون لادلائه بها، أو بأبيه، فلم يجز أن تكون لإدلائه بأبيه لأن أباه أجنبي منها، ولم يجز أن تكون لإدلائه بها لأنه لا ولاية لها على نفسها، فأولى أن لا يكون عليها ولاية لمن أدلى بها. وإذا بطل الأدلاء بالسببين، بطلت الولاية. فإن قيل: غير منكر أن يكون لمن أدلى بها من ولاية النكاح ما ليس لها كالأب يزوج أمة بنته لإدلائها، وليس للبنت تزويجها. قيل: لم يزوجها الأب إدلاء بالبنت، لأن الادلاء إنما يكون من الأسفل إلى الأعلى، ولا يكون من الأعلى إلى

الأسفل وإنما زوجها لأنه لما كان ولياً على بنته فأولى أن يكون ولياً على أمة بنته، لأن الولاية إذا ثبتت على الأقوى فأولى أن تثبت على الأضعف.

فأما الجواب عن تزويج أم سلمة[1]، فمن ثلاثة أوجه:

أحدها: أن ابنها زوجها، لأنه كان مع البنوة مناسباً لها، لأنه عمر بن أبي سلمة بن عبد العزي بن هلال بن عبد الله بن عمر بن مخزوم. وهي أم سلمة بنت أمية بن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن مخزوم، فكان من بني عمها يجتمعان في عبد الله بن عمر بن مخزوم. قال أحمد بن حنبل: فكان أقرب عصباتها الحاضرين، فزوجها بتعصيب النسب، لا بالبنوة.

والجواب الثاني: أن قوله ﷺ: «فزوِّجْ أمّك»[2] أي فجئني بمن يزوِّجُ أمّك، لأمرين:

أحدهما: أن أم سلمة قالت: يا رسول الله ما لي ولي حاضر، فأقرها على القول. فدل على أنه لم يكن ولياً.

والثاني: أنه كان غير بالغ. قيل: إنه كان ابن ست سنين، وقيل: ابن سبع سنين. فدل بهذين الأمرين، على أن أمره بالتزويج إنما كان أمراً بإحضار من يتولى التزويج.

والجواب الثالث: أن النبي ﷺ مخصوص في مناكحه بأن يتزوج بغير ولي، فأمر ابنها بذلك استطابة لنفسه، لا تصحيحاً للعقد، على أن راوي هذا اللفظ إنما هو ثابت، عن عمر ابن أبي سلمة، وثابت لم يلق عمر، فكان منقطعاً[3]. وأما أنس بن مالك فكان من عصبات أمه فزوَّجها بتعصيب النسب، لا بالبنوة.

وأما الجواب عن قياسهم: بأنه عصبة كالأب، فهو أن الابن عصبة في الميراث وليس بعصبة في ولاية النكاح، لأن ولاية النكاح يستحقها من علا من العصبات، والميراث يستحقه من علا وسفل من العصبات.

ثم المعنى في الأب، لما كان أبوه وهو الجد ولياً لها، كان الأب ولياً. ولما كان أب الابن وهو الزوج غير ولي لها، لم يكن الابن ولياً.

وأما الجواب عن استدلالهم: بأن تعصيب الابن أقوى من تعصيب الأب، فهو أنه

---

(١) و(٢) سبق تخريجهما.

(٣) الحديث، سبق تخريجه. وتقدّم أن الحاكم صححه ووافقه الذهبي على تصحيحه.

أقوى منه في الميراث لا في ولاية النكاح، ولا يجوز أن يعتبر قوة التعصيب في الميراث باستحقاق الولاية في النكاح، لأن الصغير والمجنون من الأبناء يسقط في الميراث تعصيب الآباء، وإن خرج من ولاية النكاح عن حكم الآباء.

وأما الجواب عن استدلالهم: بأنه أعظم حمية وأكثر أنفة في منعها من غير الأكفاء، فهذا المعنى هو الذي أبطل ولايته، وبه استدل الشافعي فقال: «لأنه يرى نكاحها عاراً». يعني: أنه يدفع عن تزويجها ويراه عاراً فهو لا يطلب الحظ لها في نكاح كفؤها، والولي مندوب لطلب الحظ لها، فلذلك خرج الابن عن معنى الأولياء.

فصل: فإذا تقرر أن ليس للابن تزويج أمه بالبنوة، فله تزويجها بأحد أربعة أسباب:

أحدها: أن يكون عصبة لها من النسب، بأن يكون ابن ابن عمها، وليس لها من هو أقرب منه فيزوجها، لأن بنوته إن لم تزده قوة لم تزده ضعفاً. فعلى هذا لو كان لها ابنا ابن عم أحدهما ابنها، فعلى قياس قوله في القديم: هما سواء كالأخ للأب والأم، مع الأخ للأب.

وعلى قياس قوله في الجديد: ابنها أولى، لفضل إدلائه بها.

والسبب الثاني: أن يكون مولى لها أو ابن مولى، فيزوجها بولاية الولاء. فلو كان لها أبناء مولى أحدهما ابنها، فعلى قولين كالأخوين أحدهما لأب وأم والآخر لأب.

أحدهما: وهو القديم، أنهما سواء.

والثاني: وهو الجديد، ابنها لفضل إدلائه بها أولى.

والسبب الثالث: أن يكون ابنها قاضياً وليس لها عصبة مناسب، فيجوز لابنها أن يزوجها بولاية الحكم.

والسبب الرابع: أن يكون وكيلاً لوليها المناسب، فيجوز له أن يزوجها نيابة عنه، كما يزوجها المستناب من الأجانب.

فصل: فإذا عتقت المرأة أمة وأرادت تزويجها وكان لها أب وابن، فأبوها أولى بتزويج المعتقة من ابنها. فلو ماتت السيدة المعتقة وخلفت أباها وابنها، فولاء أمتها التي أعتقتها للابن دون الأب، وفي أحقهما بنكاحها وجهان:

أحدهما: أن الأب أولى بولاية نكاحها من الابن، كما كان أولى بذلك في حياة سيدتها.

والوجه الثاني: أن الابن بعد موت السيدة أولى بنكاح المعتقة من الأب، لأنه قد صار بعد الموت أملك بالولاء من الأب، فصار أملك بولاية النكاح من الأب. والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولا ولايةَ بعدَ النَّسَبِ إلا لمعتقٍ ثم أقرب الناس بعصبةِ مُعْتِقِها)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح، قد ذكرنا: أن أحق الناس بنكاح المرأة الحرة المناسبون لها من العصبات، يترتبون بالقرب إليها على ما ذكرنا فمتى وجد واحد منهم وإن بعد، فهو أحق الناس بنكاحها. وإن عدموا جميعاً، قام المولى المعتق في إنكاحها مقام الأولياء المناسبين من عصبتها، لقوله ﷺ: **«الولاءُ لُحْمَةٌ كلُحْمَةِ النَّسَبِ»**[2]، ولقوله ﷺ: **«أيّما امرأةٍ نكحَتْ بغيرِ إذْنِ وليِّها فنكاحُها باطِلٌ»**[3] ولأن المولى المعتق قد أفادها بالعتق ما أفادها الأب الحر من زوال الرق، حتى صارت مالكة ووارثة وموروثة ومعقولاً عنها، فاقتضى أن يحل محل الأب والعصبات في ولاية نكاحها. فمتى وجد المولى المعتق بعد فقد العصبات، كان أحق الناس بنكاحها. فإن عدم، فعصبة المولى يترتبون في ولاية نكاحها على مثل ما يترتبون عليه في استحقاق ولائها وميراثها. فيكون ابنا المولى ثم بنوه أحق بولائها وولاية نكاحها من الأب، ثم الأب بعد البنين وبنيهم، ثم فيمن يستحقه بعد الأب من أهل الدرجة الثانية ثلاثة أقاويل:

أحدها: الأخوة، ثم بنوهم وإن سفلوا، ثم الجد.

والقول الثاني: الجد، ثم الأخوة، ثم بنوهم وإن سفلوا.

والقول الثالث: الأخوة، ثم الجد، ثم بنو الأخوة.

ثم فيمن يستحقها من أهل الدرجة الثالثة ثلاثة أقاويل:

أحدها: الأعمام، ثم بنوهم وإن سفلوا، ثم أبو الجد.

والقول الثاني: أبو الجد، ثم الأعمام، ثم بنوهم وإن سفلوا.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٥.

(٢) الحديث، سبق تخريجه في الفرائض، والوصايا، وصححه الحاكم وغيره.

(٣) سبق تخريجه.

والقول الثالث: الأعمام، ثم أبو الجد، ثم بنو الأعمام وإن سفلوا، ثم يترتبون في الدرجة الرابعة وما بعدها على ما ذكرنا حتى ينفذ جميع عصبات المولى. فإن عدموا، فمولى المولى، ثم عصبته على ما ذكرنا فإن لم يبق من الموالي المعتقين وعصباتهم أحد، وكانت المرأة العادمة للعصبات حرة لا ولاء عليها، فالسلطان ولي من لا ولي له[1]، وهو الناظر في الأحكام، فتكون له الولاية على الأرامل والأيتام.

فصل: وإذا كان للمعتقة أبناء مولى استويا في ولاية نكاحها، فأيهما زوجها جاز. ولو كان لها موليان معتقان، لم يجز أن ينفرد أحدهما بنكاحها حتى يجتمعا عليه، أو يأذن أحدهما لصاحبه. فإن تفرد أحدهما بنكاحها من غير إذن الآخر، كان النكاح باطلاً.

وقال أبو حنيفة: أيهما انفرد بنكاحها من غير إذن، صح النكاح، وأجراهما مجرى أخوة الحرة وابني مولي المعتقة.

وهذا الجمع خطأ لظهور الفرق بينهما وهو: أن كل واحد من الأخوين وابني المولى ممن يستحق كل الولاية والولاء لانتقال حق الميت منهما إلى الباقي، وليس كل واحد من المعتقين ممن يستحق كل الولاية والولاء، لأن من مات منهما انتقل حقه إلى الباقي، فمنع هذا الفرق من صحة الجمع.

فلو مات أحد المعتقين وترك ابنين، فزوجها المعتق الباقي بأحد ابني المعتق الميت، جاز. ولو زوجها أبناء الميت دون المعتق الباقي، لم يجز لما بينا من التعليل. ولو أعتق رجلان عبداً، وأعتق العبد أمة، ومات العبد، لم يكن لأحد المعتقين تزويج الأمة حتى يجتمعا على نكاحها، لأن الذي يملكه كل واحد منهما نصف الولاء فإن تفرد أحدهما بنكاحها بطل، وإذا عضل أحد المعتقين الأمة أو غاب أو مات ولم يترك عصبة، زوَّجها الحاكم، والمعتق الباقي لينوب الحاكم عمن مات أو عضل، فإن تفرد الحاكم بتزويجها دون المعتق، أو تفرد به المعتق دون الحاكم، كان باطلاً، لأنه ليس لأحدهما إلا نصف الولاية.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (فإنِ استوَتِ الولاةُ فزوَّجها بإذنها دونَ أسنهم وأفضلهم كفواً جاز)[2].

---

(١) سبق تخريجه.

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٥.

قال الماوردي: إذا كان للمرأة جماعة أولياء متساوي الأحوال في التعصيب والقرب، كالأخوة وبنيهم والأعمام وبنيهم، فإنهم في الولاية سواء، لأن كل واحد منهم لو انفرد بها لا يستحقها فإذا شارك غيره لم يخرج منها، وقد قال النبيّ ﷺ: «فإن اشتَجَرُوا فالسُّلطانُ وليُّ مَن لا وليّ له»[١] فجعلهم عند الاشتجار سواء، ولم يقدّم منهم مع التكافىء أحداً.

فإذا كان كذلك، لم يخل حالهم: من أن يتشاجروا، أو لا يتشاجروا.

فإن لم يتشاجروا، فالأولى أن يتولى العقد منهم أفضلهم سناً وديناً وعلماً. أما المسن فلأنه أخبرنا بالأمور لكثرة تجربته، وأما الدين فإنه يسارع إلى ما ندب إليه من طلب الحظ لتوليته، وأما العالم فلأنه يعرف شروط العقد في صحته وفساده، فإذا تولاه من تكاملت فيه هذه الأوصاف كان أولى وأفضل. وإن تولاه منه من خالفها فكان أصغرهم سناً وأقلهم علماً وديناً، لكنه كان بالغاً عدلاً، فالنكاح جائز، لأنه لو لم يكن سواه لصح عقده، ولم يكن لما أخل به من زيادة الفضل تأثير، فكذلك إذا كان مع غيره.

فصل: فإن تشاجروا وطلب كل واحد منهم أن يكون هو المتولي للعقد، لم يترجح منهم عند التشاجر بالسن والعلم أحد، وكانوا مع اختلافهم في ذلك سواء، لأن كل صفة لم تكن شرطاً في الولاية مع الانفراد لم يترجح بها أحدهم عند الاجتماع، كالمخالطة، والجـوار، وكالعدالة عكساً.

وإذا كان كذلك وجب الاقتراع بينهم ليتميز بالقرعة أحدهم، لأن ما اشتركت الجماعة في موجبه ولم يكن اشتراكهم في حكمه، تميزوا فيه بالقرعة، كما يقرع بين أولياء القصاص فيمن يتولاه منهم، وبين أولياء الطفل فيمن يكفله من بينهم. فإذا أقرع بينهم، كان من قرع منهم أولاهم بالعقد أن يتولاه، إلا أن يأذن لغيره فيه. وهل يصير أولى به استحقاقاً أو اختياراً؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يصير أولى به من طريق الاستحقاق لترجحه بالقرعة على من سواه. فعلى هذا، إن أذن لغيره فيه كان نائباً عنه، وإن تولاه غيره من الجماعة بغير إذنه كان النكاح باطلاً.

والوجه الثاني: أنه أولى به من طريق الاختيار لتكافىء الجماعة في الاستحقاق.

---

(١) سبق تخريجه.

فعلى هذا: إن أذن لغيره فيه، كان تاركاً لحقه، والمتولى له قائم فيه بحق نفسه. وإن تولاه غيره من الجماعة بإذنه، كان النكاح جائزاً والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وإن كانَ غيرَ كفءٍ لم يثبتْ إلا باجتماعهم قَبْلَ إنكاحهِ، فيكون حقاً لهم تركوه)[١].

قال الماوردي: إذا رضيت المرأة لنفسها رجلاً ودعت أولياءها إلى تزويجها به، لم يخل الرجل: من أن يكون كفؤاً لها، أو غير كفء.

فإن كان كفؤاً لزمهم تزويجها به. فإن قالوا: نريد من هو أكفأ منه، لم يكن لهم ذلك، لأن طلب الزيادة على الكفاءة خروج عن الشرط المعتبر إلى ما لا يتناهى فسقط، وكانوا إن أقاموا على هذا القول عضلة يزوجها الحاكم دونهم.

وإن كان غير كفء، كان لهم أن يمتنعوا من تزويجها لئلا يدخل عليهم عار بنقصه. فلو رضوا به إلا واحد، كان للواحد منعها منه لما يلحقه من عاره، وجرى ذلك مجرى أولياء الميت المقذوف إذا عفوا عن القاذف، إلا واحد كان للواحد أن يحده لما يلحقه من معرة[٢] القذف. فلو يأذن أحد أوليائها بغير علم الباقين ورضاهم، فزوجها بهذا الذي ليس بكفء لها، فظاهر ما قاله الشافعي ها هنا في كتاب الأم: إن النكاح باطل لأنه قال: لم يثبت إلا باجتماعهم قبل إنكاحه، فيكون حقاً لهم تركوه.

وقال في كتاب الإملاء: فإن زوجها من غير كفء، كان لهم الرد. فظاهر هذا: جواز النكاح، وللأولياء خيار الفسخ. فاختلف أصحابنا في ذلك على مذهبين:

أحدهما: أن اختلاف الجواب في الموضعين على اختلاف قولين.

أحدهما: وهو ظاهر نصه في الإملاء: أن النكاح جائز، وللأولياء خيار الفسخ، لأن عدم الكفاءة نقص يجري مجرى العيوب في النكاح والبيع التي توجب خيار الفسخ مع صحة العقد.

والقول الثاني: وهو ظاهر ما نص عليه في هذا الموضع وفي كتاب الأم، أن النكاح باطل، لأن عقد النكاح لا يقع موقوفاً على الإجازة. فإذا لم ينعقد لازماً، كان باطلاً. ولأن

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٥.
(٢) المعرّة: الأذى، أو العار الذي يلحق الإنسان.

غير الكفء غير مأذون فيه في حق من له الإذن، فكان العقد فيه باطلاً، كمن عقد على غيره بيعاً ونكاحاً بغير أمره، فهذا أحد مذهبي أصحابنا، وهوقول أبي إسحاق المروزي وطائفة.

والمذهب الثاني: إن اختلاف الجوابين على اختلاف حالين، وليس على اختلاف قولين. والذي يقتضيه نصه في هذا الموضع من بطلان النكاح، هو إذا كان الولي العاقد عالماً بأن الزوج غير كفء قبل العقد، والذي يقتضيه نصه في الإملاء من جواز النكاح وثبوت الفسخ فيه لباقي الأولياء: هو إذا لم يعلم الولي بذلك إلا بعد العقد، وهذا أصح المذهبين وأولى الطريقين لأنه مع العلم مخالف، ومع التدليس مغرور، فجرى مجرى الوكيل إذا اشترى لموكله ما يعلم بعيبه لم يصح عقده، ولو اشترى له ما لا يعلم بعيبه صح عقده، ويثبت فيه الخيار.

فصل: وإذا كان الأقرب من أوليائها واحداً فرضي ورضيت بغير كفء، فزوجها به، وأنكره باقي الأولياء، فلا اعتراض لهم، والنكاح ماض لأن الأقرب قد حجب الأباعد عن الولاية فلم يكن لهم اعتراض، كما لم يكن لهم ولاية. ولو كان الأقرب هو الممتنع والأباعد هم الراضون، فمنع الأقرب أولى من رضى الأباعد وإن كثروا، لأن تحجبهم عن الولاية لا يعتبر فيهم منع ولا رضى.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وليسَ نكاحُ غيرِ الكفءِ بمحرمٍ فأرده بكلِّ حالٍ إنما هو نقصٌ على الزوجة والولاةِ)[1].

قال الماوردي: أما الكفاءة في النكاح فمعتبرة بين الزوجين في حقوق الزوجة والأولياء لرواية عطاء، عن عمرو بن دينار، عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: **«لاَ تَنْكِحُوا النّساءَ إلا الأكْفَاءَ ولا يزوجهنَّ إلا الأولياء»**[2]. وروى هشام بن عروة، عن أبيه،

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٥.

(٢) حديث جابر: أخرجه البيهقي: ٧/ ١٣٣ وزاد: «ولا مهر دون عشرة دراهم»، وقال البيهقي: وهذا حديث ضعيف بمرّة. وفيه مبشر بن عبيد متروك الحديث، أحاديثه لا يتابع عليها، وقد رواه بقية، عن مبشر، عن الحجاج بن أرطأة عن أبي الزبير، عن جابر، وهو ضعيف لا تقوم بمثله الحجة، ومن طريق الحجاج، عن عمرو، عن جابر، وعطاء، عن جابر والدارقطني: ٣/ ٢٤٧ وقال: ومبشر بن عبيد متروك. أحاديثه لا يتابع عليها.

عن عائشة أن النبي ﷺ قال: «تَخيَّروا لنُطَفِكم وأنكِحُوا الأكْفَاء وأنكِحوا إليهم»[1].

وروى محمد بن عمر بن علي بن أبي طالب، عن أبيه، عن جده، أن النبي ﷺ قال: «ثلاثةٌ لا تؤخَّرْ: الصَّلاة إذا أتت، والجنازَةَ إذا حضرَتْ، والأيِّم إذا وجدَتْ كُفُوءاً»[1]. ولأن في نكاح غير الكفء عار يدخل على الزوجة والأولياء، وغضاضة تدخل على الأولاد يتعدى إليهم نقصها، فكان لها وللأولياء دفعه عنهم وعنها.

فصل: فإذا ثبت اعتبار الكفاءة، فهي المساواة مأخوذة من كفتي الميزان لتكافئهما، وهي معتبرة بشرائط نذكرها. أصلها: ما رواه سعيد بن أبي سعيد، عن أبيه، عن أبي هريرة عن النبيّ ﷺ أنه قال «تُنْكَحُ المرأةُ لأربع: لمالِها، وحسَبِها، ودِيْنِها، وجَمالِها، فاظفرْ بذاتِ الدِّيْنِ تَربتْ يداك»[1] يقال: ترب الرجل، إذا افتقر. وأترب، إذا استغنى. وفي هذا القول من رسول الله ﷺ ثلاثة تأويلات:

أحدها: أن تربت ها هنا بمعنى استغنت، وإن كان في اللغة بمعنى افتقرت، فتصير من أسماء الأضداد، لأن رسول الله ﷺ لا يجوز أن يدعو على من لم يخالف له أمراً، مع أن الدعاء مقرون بالإجابة.

والثاني: أن معناه، تربت يداك إن لم تظفر بذات الدين، لأن من لم يظفر بذات الدين سلبت منه البركة، فافتقرت يداه.

والثالث: أنها كلمة تخف على ألسنة العرب في خواتيم الكلام، لا يريدون بها دعاء ولا ذماً، كقولهم: ما أشعره قاتله الله، وما أرماه شلت يداه.

فإذا ثبت هذا فالشرائط التي تعتبر بها الكفاءة سبعة، وهي: الدين، والنسب، والحرية، والمكسب، والمال، والسن، والسلامة من العيوب.

---

(١) حديث عائشة: أخرجه ابن ماجة في النكاح (١٩٦٨)، والدارقطني: ٣/ ٢٩٩ والبيهقي: ٧/ ١٣٣ وفي إسناده: الحارث بن عمران، قال أبو حاتم: ليس بالقوي، وقال الدارقطني: متروك. وصححه الحاكم: ٢/ ١٦٣ وتعقبه الذهبي فقال: الحارث متهم. وحسّنه الزيلعي: ٣/ ١٩٧.

(١) حديث علي: أخرجه الترمذي في الجنائز (١٠٧٥) وقال: هذا حديث غريب، وما أرى إسناده بمتصل وابن ماجة (١٤٨٦) بلفظ: «لا تؤخروا الجنازة إذا حضرت». والبيهقي: ٧/ ١٣٣ والحاكم: ٣/ ١٦٢ ـ ١٦٣ وقال: حديث غريب صحيح، ووافقه الذهبي.

(١) حديث أبي هريرة، أخرجه البخاري في النكاح (٥٠٩٠) ومسلم في الرضاع (١٤٦٦) والدارمي: ٢/ ١٣٣ ـ ١٣٤ وأبو داود (٢٠٤٧) والنسائي: ٦/ ٦٨ وابن ماجة (١٨٥٨) وأحمد: ٢/ ٤٢٨، والبيهقي: ٧/ ٧٩ ـ ٨٠ والبغوي (٢٢٤٠).

وقال مالك: الكفاءة معتبرة بالدين وحده، وقال ابن أبي ليلى هي معتبرة بشرطين: الدين والنسب، وقال الثوري: هي معتبرة بثلاثة شرائط: الدين، والنسب، والمال، وهي إحدى الروايتين عن أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: هي معتبرة بأربع شرائط: الدين، والنسب، والمال، والمكسب وهي الرواية الثانية عن أبي حنيفة. ونحن ندل على كل شرط منهما ونبين حكمه.

أما الشرط الأول وهو الدين، فإن اتفاقهما في الإسلام والكفر كان شرطاً معتبراً بالإجماع لقوله تعالى: ﴿لَا يَسْتَوِي أَصْحَابُ النَّارِ وَأَصْحَابُ الْجَنَّةِ﴾[1] ولقوله ﷺ: «أنا بريء من كلّ مسلم مَعَ مُشْرِكٍ»[2].

وإن كان اختلافهما في العفاف والفجور مع اتفاقهما في الإسلام والكفر، فعند محمد بن الحسن: أنه ليس بشرط معتبر، وعند الجماعة: أنه شرط معتبر لقوله تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾[3] وقال تعالى: ﴿أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِناً كَمَنْ كَانَ فَاسِقاً لَا يَسْتَوُونَ﴾[4].

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يَفْرَكْ مؤمنٌ مؤمنةً إنْ كَرِهَ منها خُلُقاً رضيَ منها خلقاً آخر»[5].

---

(١) سورة الحشر، الآية: ٢٠

(٢) أخرجه النسائي في القسامة من حديث قيس بن أبي حازم: ٨/٣٦ بلفظ: «إني بريء من كل مسلم مع مشرك»، ثم قال: «ألا لا تراءى ناراهما». وأخرجه الترمذي في السير (١٦٠٤) من طريق قيس بن أبي حازم، عن جرير بن عبد الله بلفظ: «إني بريء من كل مسلم يقيم بين أظهر المشركين»، قالوا: يا رسول الله، لم؟ قال: «لا ترايا ناراهما». وفي (١٦٠٥) عن إسماعيل بن أبي خالد عن قيس بن أبي حازم ولم يذكر فيه عن جرير، وهذا أصحّ وقال الترمذي وأكثر الأصحاب عن قيس بن أبي حازم عن رسول الله ﷺ وقال: سمعتُ محمد بن إسماعيل البخاري، يقول: الصحيح، حديث قيس عن النبيّ ﷺ مرسل.

(٣) سورة النور، الآية: ٣.

(٤) سورة السجدة، الآية: ١٨.

(٥) حديث أبي هريرة: أخرجه مسلم في الرضاع (١٤٦٩) (٦١). ويَفْرَك: بفتح الياء والراء وإسكان الفاء، نقل النووي: ١٠/ ٥٨ عن أهل اللغة: فركه بكسر الراء يفركه بفتحها، إذا أبغضه، والفرك بفتح الفاء وإسكان الراء: البغض، وقال القاضي عياض: هذا ليس على النهي، قال: هو خبر، أي لا يقع منه بغض تام لها. قال: وبغض الرجال للنساء خلاف بغضهنّ لهم. قال: ولهذا قال: إن كره منها خلقاً، رضي منها آخر، وقال النووي: وهو ضعيف أو غلط، والصواب: أنه نهي، أي ينبغي أن لا يبغضها، لأنه إن وجد فيها خلقاً يكره، وجد فيها خلقاً مرضياً... وأحمد: ٢/٣٢٩.

فأما المسلمان إذا كان أبوا أحدهما مسلمين، وأبوا الآخر كافرين، فإنهما يكونا كفؤين. وقال أبو حنيفة: لا تكافيء بينهما، لأنه لما لم يتكافأ الأباء لم يتكافأ الأبناء. وهذا خطأ، لأن فضل النسب يتعدى، وفضل الدين لا يتعدى، لأن النسب لا يحصل للأبناء إلا من الآباء فتعدى فضله إلى الأبناء، والدين قد يحصل للأبناء بأنفسهم من غير الآباء فلم يتعد فضله إلى الأبناء.

فصل: وأما الشرط الثاني وهو النسب، فمعتبر بقوله ﷺ: «**تُنكَحُ المرأةُ لأربعٍ لمالها وحَسَبِها**»[1] يعني بالحسب: النسب. وروي عنه ﷺ أنه قال: «**إيّاكُم وخضراءَ الدِّمن**»[2] ضرب ذلك مثلاً للمرأة الحسناء من أصل خبيث، وإذا كان كذلك فالناس يترتبون في أصل الأنساب ثلاث مراتب: قريش، ثم سائر العرب، ثم العجم.

فأما قريش فهي أشرف الأمم، لما خصهم الله تعالى به من رسالته، وفضلهم به من نبوته، ولقوله ﷺ: «**قَدِّمُوا قريشاً ولا تقدَّموها وتعلَّموا من قريش ولا تعلِّموها**»[3] فلا يكافيء قريشاً أحد من العرب والعجم، واختلف أصحابنا هل تكون قريشاً كلهم أكفاء في النكاح؟ على وجهين:

أحدهما: وهو مذهب البصريين من أصحابنا، وبه قال أبو حنيفة: أن جميع قريش أكفاء في النكاح لأن النبي ﷺ قال: «**الأئمَّةُ من قريش**»[4] فلما كان جميع قريش في الإمامة أكفاء، فأولى أن يكونوا في النكاح أكفاء.

والوجه الثاني: وهو مذهب البغداديين من أصحابنا: أن قريشاً يتفاضلون بقربهم من رسول الله ﷺ ولا يتكافأون لرواية عائشة رضي الله عنها عن النبيّ ﷺ أنه قال: «نَزَلَ عليَّ

---

(١) حديث أبي هريرة: سبق تخريجه.

(٢) قال ابن حجر في التلخيص الحبير: ٣/ ١٤٥، رواه ابن عدي في الكامل، والخطيب والعسكري في الأمثال من طريق الواقدي. وفي مسند الشهاب: ٢/ ٩٦ من حديث أبي سعيد الخدري وزاد: وخضراء الدّمن هي المرأة الحسناء في المنبت السوء. وفي إسناده: الواقدي، كذبه الإمام أحمد، وابن المديني، والنسائي والدارقطني، وقال البخاري وأبو حاتم: متروك.

(٣) أخرجه الشافعي في الأم باب صفة الأئمة: ١/ ١٦١ من طريق ابن أبي فديك، عن ابن أبي ذئب، عن ابن شهاب، أنه بلغه أن رسول الله ﷺ قال: «قدّموا قريشاً ولا تقدموها، وتعلّموا منها ولا تعالموها، أو تعلموها» الشك من أبي فديك. وتقدّم في الصلاة.

(٤) حديث أنس، أخرجه البيهقي: ٣/ ١٢٢، وأبو نعيم: ٣/ ١٧١ وأحمد: ٣/ ١٢٩ وتقدّم في الصلاة.

جبريلُ فقال لي: قلبْتُ مشارِقَ الأرض ومغَارِبَها فلم أرَ أفضلَ من محمدٍ، وقلبْتُ مشارِقَ الأرْضِ ومغارِبَها فلم أرَ أفضلَ من بني هاشمٍ»[١].

ولأن قريشاً لما شرفت برسول الله ﷺ على سائر العرب، كان أقربهم برسول الله ﷺ أشرف من سائر قريش ولأنهم لما ترتبوا في الديوان بالقرب حتى صاروا فيه على عشر مراتب، دل على تمييزهم بذلك في الكفاءة.

وإذا كان كذلك فجميع بني هاشم وبني عبد المطلب أكفاء، لأن النبيّ ﷺ جمعهم في سهم ذوي القربى[٢] وجمع عمر بن الخطاب بينهم في الديوان[٣].

ثم يليهم سائر بني عبد مناف وبني زهرة، ولا يفضل بنو عبد شمس في كفاءة النكاح على بني نوفل، ولا بني عبد العزى، ولا بنو عبد العزى على بني عبد الدار، ولا بنو عبد مناف على بني زهرة، وإن فعلنا ذلك في وضع الديوان: فلأمرين:

أحدهما: أنه يشق اعتباره في كفاءة النكاح، ولا يشق اعتباره في وضع الديوان.

والثاني: أن الكفاءة معتبرة في البطون الجامعة في الأفخاذ المتفرقة، لأننا إن لم نعد إلى بني أب أبعد صارت المناكح مقصورة على بني الأب الأقرب، فضاقت. ثم جمعنا بين بني عبد مناف وبني زهرة في كفاءة النكاح وإن لم يكونا بطناً واحداً لرواية الأوزاعي أن النبي ﷺ قال: «صريحُ قريشٍ أبناءُ كِلَابٍ» يعني: بني قُصَي وبني زهرة. ولأن النبي ﷺ يرجع إلى قصيٍّ بأبيه، وإلى زهرة بأمه فتقاربا في الكفاءة بأبويه ﷺ. ثم يلي بني عبد مناف وبني زهرة سائر قريش، فيكونون جميعاً أكفاء. فلو كان فيهم بنو أب له سابقة في الإسلام

(١) قال الهيثمي: ٨/٢١٧، أخرجه الطبراني في الأوسط من حديث عائشة. وفي سنده موسى بن عبيدة الربذي. ضعيف.

(٢) حديث جبير بن مطعم: أخرجه الشافعي في الأمر باب سنّ تفريق القسم: ٤/١٤٦ قال: لمّا قسم النبيّ ﷺ سهم ذي القربى بين بني هاشم وبني المطلب أتيته أنا وعثمان بن عفان، فقلنا: يا رسول الله. هؤلاء إخواننا من بني هاشم لا ينكر فضلهم لمكانك الذي وصفك الله به منهم، أرأيت إخواننا من بني عبد المطلب أعطيتهم وتركتنا أو منعتنا. وإنما قرابتنا وقرابتهم واحدة فقال النبيّ ﷺ: «إنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد»، هكذا وشبك بين أصابعه وفي: ٤/١٤٧ عن علي بن الحسين مرفوعاً مثله وزاد «لعن الله من فرّق بين بني هاشم وبني المطلب». وقسم رسول الله ﷺ سهم ذي القربى بين بني هاشم وبني المطلب. ولم يعط منه أحداً من بني عبد شمس، لا بني نوفل شيئاً. وسبق تخريجه في الجهاد والسير.

(٣) تقدم الحديث، وراجع البيهقي: ٦/٣٦٦.

يكافئهم الباقون من قومهم كبني أبي بكر، هل يكافئهم قومهم من بني تميم، وكبني عمر هل يكافئهم قومهم من بني عدي؟ يحتمل وجهين:

أحدهما: أنهم يكونون أكفاءهم، لأنهم قد كانوا قبل الكثرة والقدرة على إنكاح بني أبيهم أكفاء لعشائرهم، فكذلك بعد الكثرة والقدرة.

والوجه الثاني: لا يكونون أكفاءهم لما قد تميزوا به من فضل الشرف والسابقة، ولا يمتنع أن يكونوا قبل الكثرة أكفاء غير متميزين، وبعد الكثرة متميزين، كما تميزت بنو هاشم بعد الكثرة وإن لم يتميزوا قبل الكثرة.

ثم اختلف أصحابنا في موالي قريش: هل يكونون أكفاءها في النكاح؟ على وجهين من اختلاف الوجهين في موالي ذوي القربى، هل يشاركونهم في سهمهم من الخمس؟ فهذا الكلام في قريش.

فأما سائر العرب سوى قريش، فهم على اختلاف أصحابنا في قريش. فعلى قياس قول البصريين: أن جميعهم أكفاء من عدنان وقحطان، لأن في عدنان سابقة المهاجرين، وفي قحطان سابقة الأنصار. وعلى قياس قول البغداديين: أنهم يتفاضلون ولا يتكافئون، فتفضل مضر في الكفاءة على ربيعة، ويفضل عدنان على قحطان اعتباراً بالقرب من رسول الله ﷺ. وقد سمع عليه السلام رجلاً ينشد:

إني امرؤ حميري حين تنسبني لا من ربيعة آبائي ولا مضر

فقال عليه السلام: «ذاك أهونُ لقدرِكَ وأبعدُ لكَ من الله».

فلو تقدمت قبيلة من العرب على غيرها، فإن كان ذلك لمأثرة في الجاهلية أو لكثرة عدد، كانوا وغيرهم من العرب أكفاء. فإن كان لسابقة في الإسلام، كان على الوجهين المحتملين.

وأما سائر العجم فعلى قياس قول البصريين: أن جميعهم أكفاء، الفرس منهم، والنبط، والترك، والقبط. وعلى قياس قول البغداديين: أنهم يتفاضلون في الكفاءة، فالفرس أفضل من النبط لقول النبي ﷺ: «لو كان الدِّيْنُ معلّقاً بالثُّريّا لتناولَهُ قومٌ من أبناءِ فارسَ»[1]. وبنو إسرائيل، أفضل من القبط الذين سلفهم وكثرة الأنبياء فيهم.

---

(١) حديث أبي هريرة: «لو كان الدين عند الثريا لتناوله رجال من فارس»، وفي رواية «لو كان الإيمان و«لو كان العلم» عند ابن حبان (٧١٢٣) و(٧٣٠٨ و٧٣٠٩).

=

فعلى هذا لو كان لقوم من الفرس شرف على غيرهم، نظر: فإن كان لملك قبل الإسلام أو مأثرة تقدمت، لم يتقدموا به في الكفاءة على غيرهم. وإن كان لسابقة في الإسلام، احتمل ما ذكرناه من الوجهين المحتملين.

فصل: وأما الشرط الثالث وهو الحرية، فلقوله تعالى: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلاً عَبْداً مَمْلُوكاً لاَ يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ وَمَنْ رَزَقْنَاهُ مِنَّا رِزْقاً حَسَناً فَهُوَ يُنْفِقُ مِنْه سِرّاً وَجَهْراً هَلْ يَسْتَوُونَ الْحَمْدُ لِلَّهِ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لاَ يَعْلَمُونَ﴾[1]. فمنع من المساواة بين الحر والعبد ولأن النبي ﷺ قال: «**المؤمنونَ تتكافأُ دماؤُهُمْ ويسعى بذمّتهِم أدناهُمْ**»[2]. يعني: عبيدهم، فجعل العبيد أدنى من الأحرار. ولأن الرق يمنع من الملك وكمال التصرف، ويوقع الحجر للسيد، وكان النقص به أعظم من نقص النسب.

وإذا كان كذلك لم يكن العبد كفؤاً لحرة، ولا الأمة كفؤاً لحر، وكذلك لا يكون المدبر ولا المكاتب ولا المعتق نصفه، ولا من فيه جزء من الرق. وإن قلَّ كفؤاً لحرة، ولا تكون المدبرة ولا المكاتبة ولا أم الولدولا المعتقة نصفها، ولا من فيها جزء من الرق وإن قلّ كفواً لحر واختلف: هل يكون العبد كفواً لمن عتق بعضها ورق بعضها، أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا تكون كفواً، لأن لبعض الحرية فضلاً.

والوجه الثاني: تكون كفواً، لأن من لم تكمل حريته فأحكام الرق عليه أغلب. ولأنه لما لم يكن من عتق بعضه كفواً للحر تغليباً للرق، صار كفواً للعبد.

فعلى الوجه الأول: لا يكون من ثلثه حر كفواً لمن نصفه حر حتى يتساوى ما فيهما من حرية ورق. وعلى الوجه الثاني: يكونان كفؤين، وإن يفاضل باقيهما من حرية ورق.

فأما المولى، فإن كان قد جرى عليه رق قبل العتق لم يكن كفواً لحرة الأصل، وإن لم

= أخرج الأول، الترمذي في التفسير (٣٢٦١) والبيهقي في الدلائل: ٦/ ٣٣٤ وأحمد: ٢/ ٣٠٩.
والحديث عند مسلم في الفضائل (٢٥٤٦) (٢٣٠) والبخاري في التفسير (٤٨٩٨) والترمذي (٣٣١٠) وأحمد: ٢/ ٢٩٧ و٤١٧ و٤٢٠ و٤٢٢.

(١) سورة النحل، الآية: ٧٥.

(٢) حديث علي، سبق تخريجه في الحدود، وهو حديث صحيح، أخرجه أصحاب السنن، وأحمد وغيرهم.

يجر عليه رق لكونه ابن عتيق من رق، فهل يكون كفواً لحرة الأصل؟ على وجهين بناء على اختلاف الوجهين في موالي كل قبيلة هل يكونون أكفاءها في النكاح؟.

فإن قيل: يكونون أكفاءها، صار المولى كفواً للحرة الأصل. وإن قيل: لا يكونون أكفاء، لم يصر المولى كفواً للحرة الأصل.

وعلى هذين الوجهين: إذا كان أحدهما مولى لعربي، والآخر مولى لقبطي، فإن قيل: مولى القبيلة كفواً لها في النكاح، لم يكن مولى النبطي كفواً لمولى العربي. وإن قيل: لا يكون كفواً لها، كان مولى النبطي كفواً لمولى العربي.

فصل: وأما الشرط الرابع وهو المكسب. فإن الناس يتفاضلون به، قال الله تعالى: ﴿فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ فِي الرِّزْقِ﴾[1] وفيه تأويلان:

أحدهما: أنه فضل بعضهم على بعض في قدر الرزق، فبعضهم موسع عليه، وبعضهم مضيق عليه.

والثاني: أنه فضل بعضهم على بعض في أسباب الرزق، فبعضهم يصل إليه بعز ودعة، وبعضهم يصل إليه بذل ومشقة.

وفي قوله تعالى: ﴿فَإِنَّ لَهُ مَعِيشَةً ضَنكاً﴾[2] تأويلات:

أحدها: إنه الرزق الضيق.

والثاني: أنه الكسب الحرام.

والثالث: إنه إنفاق ما لا يوقن بالخلف.

والمكاسب تكون في العرف المألوف من أربع جهات: بالزراعات، والتجارات، والصناعات، والحمايات. ولكل واحد منهما رتب متفاضلة، وكل واحد منهما يفضل على غيره بحسب اختلاف البلدان والأزمان فإن في بعض البلدان التجارات أفضل، وفي بعضها الزراعات أفضل، وفي بعض الأزمان حماة الأجناد أقل. فلأجل ذلك لم يمكن أن يفضل بعضها في عموم البلدان والأزمان، وإنما يراعى فيها العرف والعادة. والأفضل منها في

---

(١) سورة النحل، الآية: ٧١.

(٢) سورة طه، الآية: ١٢٤.

الجملة ما انحفظت به أربعة شروط: أن لا يكون متبذلاً كالحائك، ولا مستخبث الكسب كالحجام، ولا ساقط المرؤة كالحمال، ولا مستذلاً كالأجيز. فمن انحفظت عليه في مكاسبه هذه الشروط الأبعة، لم يكافئه في النكاح من أخل بها من حجام وكناس وحائك، والعرف في اعتبار هذه الشروط الأربعة هو الحكم.

فصل: وأما الشرط الخامس وهو المال، فلقوله ﷺ «تُنكَحُ المرأة لأربعٍ: لمالِها»[1] ولما روي عنه ﷺ أنه قال: «**إنَّ أحسابَ أهلِ الدّنيا هذا المالُ**»[2] وقد قيل في تأويل قوله تعالى: ﴿**وَإِنَّهُۥ لِحُبِّ ٱلْخَيْرِ لَشَدِيدٌ**﴾[3] يعني المال[4].

وإذا كان كذلك، فإن كانوا من أهل الأمصار الذين يتفاخرون ويتكاثرون بالأموال دون الأنساب، فالمال فيهم معتبر في شروط الكفاءة. وإن كانوا من أهل البوادي وعشائر القرى الذين يتفاخرون ويتكاثرون بالأنساب دون الأموال، ففي اعتبار المال في شروط الكفاءة بينهم وجهان:

أحدهما: أنه شرط معتبر كأهل الأمصار لما فيه من القدرة على أمور الدنيا.

والوجه الثاني: أنه ليس بشرط معتبر، لأنه يزول فيفتقر الغني ويستغني الفقير.

وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: خيرُ النّاس مؤمِن، مزهِدٌ[5] يعني: مقلاً ليس له إلا ما يزهد فيه لقلته. وروى عنه ﷺ أنه قال: «**خيرُ أمّتِي الذينَ لم يوسَّعْ عليهم حتى يبطَرُوا، ولم يقتَّر عليهم حتى يَسْأَلُوا**»[6] ثم إذا جعل المال شرطاً في الكفاءة، فليس التماثل في قدره معتبراً حتى لا يكافىء من ملك ألف دينار إلا من ملك مثلها، ولكن أن يكونا موصوفين بالغنى فيصيرا كفؤين، وإن كان أحدهما أكثر مالاً ولا يعتبر فيه أيضاً التماثل في أجناس المال، بل إذا كان مال أحدهما ناضاً، ومال الآخر عقاراً، أو عروضاً، كانا كفؤين والله أعلم.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) حديث بُريدة، أخرجه النسائي في النكاح: ٦/ ٦٤ والبيهقي: ٧/ ١٣٥ وأحمد: ٥/ ٣٥٣ و٥/ ٣٦١ وصححه الحاكم: ٢/ ١٦٣ ووافقه الذهبي، وابن حبان (٧٠٠).

(٣) سورة العاديات، الآية: ٧.

(٤) راجع تفسير القرطبي: ٢٠/ ١٦٢.

(٥) لم أقف عليه بهذا اللفظ في كتب السنن والآثار.

(٦) في الجامع الصغير للسيوطي: ٣/ ٤٨٣ بلفظ: «لم يعطوا فيبطروا، ولم يمنعوا فيسألوا» وهو ضعيف.

فصل: وأما الشرط السادس وهو السن، فما لم يختلفا في طرفيه فهو غير معتبر في الكفاءة، فيكون الحدث، كفؤاً للشابّ والشابّ كفؤاً للكهل، والكهل كفؤاً للشيخ.

ولكن إذا اختلفا في طرفيه، فكان أحدهما أول سنه كالغلام والجارية، والآخر في غاية سنه كالشيخ والعجوز، ففي اعتباره في الكفاءة وجهان:

أحدهما: أنه شرط معتبر، فلا يكون الشيخ كفؤاً للطفلة، ولا العجوز كفؤاً للطفل، لما بينهما من التنافي والتباين، فإنه مع غايات السن تقل الرغبة،ويعدم المقصود بالزوجية.

والوجه الثاني: أنه غير معتبر، لأنه قد يطول عمر الكبير ويقصر عمر الصغير، وربما قدر الكبير من مقصود النكاح على ما يعجز عنه الصغير، ولأن مع نقص الكبر فضلاً لا يوجد في الصغير.

فصل: فأما الشرط السابع وهو السلامة من العيوب، فهي العيوب التي يردّ بها عقد النكاح وهي خمسة يشترك الرجال والنساء في ثلاثة وهي: الجنون، والجذام، والبرص. ويختص بالرجال منها باثنين هما: الجبُّ، والخصاء، وفي مقابلتهما في النساء القرنُ، والرّتق، وإنما اعتبر هذه العيوب الخمسة في الكفاءة، لأنه لما أوجب وجودها فسخ النكاح الذي لا يوجب نقص النسب، فأولى أن تكون معتبرة في الكفاءة كالنسب.

فأما العيوب التي توجب الفسخ وتنفر منها النفس: كالعمى، والقطع، والزّمانة: وتشويه الصورة، ففي اعتبارها في الكفاءة وجهان:

أحدهما: لا تعتبر لعدم تأثيرها في عقود المناكح.

والوجه الثاني: تعتبر لنفور النفس منها، ولحصول المعرة بها، وقد روي أن النبيّ ﷺ قال لزيد بن حارثة: أتزوّجْتَ يا زيد؟ قال: لا. قال: تزوّجْ تستعففْ مع عفّتِكَ، ولا تزوَّجْ من النساء خمساً. قال: وما هُنَّ يا رسول الله؟ قال: «لا تزوّج شَهْبَرة، ولا لَهْبَرَه، ولا نَهْبَره، ولا هَيْذَره، ولا لَفوتاً». قال: يا رسول الله، لا أعرفُ مما قُلْتَ شيئاً فقال: «أما الشهبرة، فالزرقاء البذيئة، وأما اللهبرة، فالطويلة المهزولة، وأما النهبرة، فالعجوز المدبرة، وأما الهيذرة فالقصيرة الذميمة، وأما اللفوت، فذات الولد من غيرك»[1] فلو لم يكن لهذه الأحوال ونظائرها تأثير في الكفاءة، لما أمر بالتحرز منها.

---

(١) لم أقف عليه وإنما ذكره صاحب النهاية: ٢/ ٥١١.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من شروط الكفاءة، ونكحت المرأة غير كفء، لم يخل نكاحها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون قد رضيته الزوجة وكرهته الأولياء، فالنكاح باطل على ما قدمناه اعتباراً بحقوق الأولياء فيه.

والقسم الثاني: أن يكون قد رضيه الأولياء وكرهته الزوجة، فالنكاح باطل اعتباراً بحقها فيه حتى لا يعرها من لا يكافئها.

والقسم الثالث: أن يكون قد رضيته الزوجة والأولياء، فالنكاح جائز. وقال مالك، وعبد الملك الماجشون: النكاح باطل. وقال الثوري: يفسخ النكاح بينهما ولا يفرق. وحكي نحوه عن أحمد بن حنبل، استدلالاً بما روي عن النبيّ ﷺ أنه قال: «**لا تنكحوا النّساءَ إلا الأكفاء ولا يزوّجُهُنَّ إلا الأولياء**»[1] فلما منعَ من إنكاحِ غير الكفء كما منعَ من إنكاح غير الولي، دلَّ على بطلانه لغير الكفء كما بطل بغير الولي. وبما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: «لا يملكُ الأبضاعَ إلا الأكفاء»[2].

ودليلنا: عموم قوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾[3]، ولأن النبيّ ﷺ قد زوَّجَ بناتَهُ ولا كفءَ لهم من قريبٍ ولا بعيدٍ، لأنهنَّ أصلُ الشرف فزوج فاطمة بعلي، وزوجَ أمَّ كلثوم، ورقية بعثمان، وزوج زينبَ بأبي العاص بن الربيع، وقد روي أن النبي ﷺ قال لفاطمة بنت قيس المخزومية، وهي بنت عمته وقد خطبها معاويةُ، وأبو جَهْم، «**انكِحِي أسامةَ بنَ زيدٍ**»[4] وهي من صليبة قريش بنت عمته، زوّجها بأسامة بن زيد، وهو مولاه،

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) أخرج سعيد بن منصور (٥٣٧) عن عمر قال: لا يزوّج النساء إلا الأكفاء، لا تنكحوهنّ إلا من الأكفاء، والبيهقي: ٧/ ١٣٣ وعبد الرزاق (١٠٣٢٤).

(٣) سورة النساء، الآية: ٣.

(٤) حديث فاطمة بنت قيس: أن أبا عمرو بن حفص طلّقها البتة وهو غائبة بالشام. فأرسل إليها وكيله بشعيرٍ فسخطته، فقال: واللّه ما لك علينا من شيء، فجاءت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له، فقال: ليس لك عليه نفقة، وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك... فلمّا حلَلْتُ ذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم خطباني، فقال: أمّا أبو جهم فلا يضعُ عصاه عن عاتقه وأمّا معاوية فصعلوك لا مال له، انكحي أسامة بن زيد، فنكحته، فجعل الله فيه خيراً واغتبطتُ به.

أخرجه مالك في الموطأ: ٢/ ٥٨٠ ـ ٥٨١ ومن طريقه أخرجه الشافعي في الرسالة ص ٣٠٩ ـ ٣١٠، =

وزوج أباه زيدَ بن حارثة بزينب بنت جحش، وهي بنت عمته أمية بنت عبد المطلب، ثم طلقها، وتزوجها بعده.

وزوّج المقدادَ بن الأسود الكندي، بضباعةَ بنتِ الزُّبير بن عبد المطلب، وقال ﷺ: «إنما زوَّجْتُ زيدَ بنَ حارثة بزينَب بنت جحش والمقدادَ بن الأسود بضباعة بنت الزبير لتعلَمُوا أنَّ أشرفَ الشَّرفِ الإسلامُ»[١].

وقد زوج أبو بكر الصديق أخته بالأشعث بن قيس، فصار سلف رسول الله ﷺ وهمَّ عمر بن الخطاب أن يزوج بنته سلمان الفارسي، فكره ابنه عبد الله ذلك، ولقي عمرو بن العاص، فشكا إليه فقال: سأكفيكَ، ولقيَ سلمانَ فقال: هنيئاً لك إنَّ أميرَ المؤمنين قد عزمَ أن يزوِّجَكَ بنتَه ليتواضَعَ بِكَ، فقال: أني يتواضع، واللّهِ لا تزوَّجْتُها.

ولأن الكفاءة معتبرة في الرجل والمرأة، فلما صح النكاح إذا تزوج الرجل بامرأة لا تكافئه، صح النكاح إذا تزوجت المرأة برجل لا يكافئها. فأما الاستدلال بالخبر والأثر فمحمولان على أحد وجهين.

أما على الاستحباب دون الإيجاب، أو يحمل على نكاح الأب للبكر التي يجبرها والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وليسَ نقصُ المَهْر نقصاً في النَّسبِ والمهرُ لها دونَهم فهيَ أولى بِهِ منهم)[٢].

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا رضيت المرأة أن تنكح نفسها بأقل من مهر مثلها، لم يكن للأولياء أن يعترضوا عليها فيه، ولا أن يمنعوها من النكاح لنقصه. فإن منعوها صار المانع لها عاضلاً وزوجها الحاكم، وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد.

= والبغوي (٢٣٨٥) ومسلم (١٤٨٠) (٣٦) (٣٧) و(٣٨) و(٣٩) و(٤٠) وأحمد: ٦/ ٤١١ ـ ٤١٢ وأبو داود (٢٢٨٤) والنسائي: ٦/ ٧٤ ـ ٧٥ والطحاوي: ٣/ ٦٥ ـ ٦٦ والبيهقي: ٧/ ١٧٧ ـ ١٧٨، ٤٣٢ والدارمي: ١٣٥ ـ ١٣٦ والترمذي (١١٣٥) و(١١٨٠).

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٠٣٢٦) من طريق الشعبي مرفوعاً: «أنكحتُ المقداد وزيداً ليكون أشرفكم عند الله أحسنكم إسلاماً. أنكح المقداد ضباعة ابنة الزبير بن عبد المطلب، وأنكح زيد بن حارثه زينب بنت جحش».

(٢) مختصر المزني، ص: ١٦٥.

وقال أبو حنيفة: للأولياء الاعتراض عليها في نقص المهر، ولا يصيرون عضلة بمنعها منه وإن نكحت فلهم فسخ نكاحها، إلا أن يكمل لها مهر مثلها، استدلالاً بقوله ﷺ: «أدُّوا العلائِقَ». قيل: يا رسول الله وما العلائِقُ؟ قال: «ما تراضَى به الأهلون»[(١)].

فلما كان قوله: «أدُّوا العلائِقَ» خطاباً للأزواج كان قوله: «ما تراضى به الأهلون» إشارةً إلى الأولياء. ولأن عقد النكاح يشتمل على بدلين هما: البضع، والمهر. فلما كان للأولياء الاعتراض في بضعها أن تضعه في غير كفء، كان لهم الاعتراض في مهرها أن ينكحها بأقل من مهر المثل. ويتحرر منه قياسان:

أحدهما: أنه أحد بدلي عقد النكاح، فجاز للأولياء الاعتراض فيه كالبضع.

والثاني: أن ما اعترض به الأولياء في نكاح الصغيرة، اعترضوا به في نكاح الكبيرة كالكفارة.

ولأن في بعض المهر عاراً على الأهل لجهرهم بكثيره وإخفائهم لقليله، فصار دخول العار عليهم في نقصانه كدخوله عليهم في نكاح غير كفء، فكان لهم دفع هذا العار عنهم بالمنع منه. ولأن في نقصان مهرها ضرراً لاحقاً بنساء أمثلها عند اعتبار مهور أمثالهن بها، وقد قال رسول الله ﷺ: «لا ضَرَرَ ولا ضِرارَ»[(٢)].

ودليلنا: رواية عاصم بن عبيد الله... عن عبد الله بن عامر بن ربيعة عن أبيه، أن

---

(١) حديث عبد الرحمن البيلماني: أخرجه البيهقي: ٧/ ٢٣٩ وقيل: منقطع. وأخرجه من طريق البيلماني، عن ابن عمر مرفوعاً، وعنه عن ابن عباس مرفوعاً ومحمد بن عبد الرحمن البيلماني ضعيف، والدارقطني: ٣/ ٢٤٤ من حديث ابن عباس، وأخرجه أبو داود في مراسيله (٢١٥) عن ابن البيلماني وسعيد بن منصور (٦١٩).

قال ابن حجر في التلخيص الحبير: ٣/ ١٩٠: إسناده ضعيف، وقال الزيلعي: ٣/ ٢٠٠ رواه أبو داود في المراسيل، وقال ابن القطان: ومع إرساله، فيه عبد الرحمن أبو محمد لم يثبت عدالته، ونقل ابن القطان عن البخاري قال: محمد بن عبد الرحمن، منكر الحديث.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (١٤٦١) من طبعة دار الفكر من طريق عمرو بن يحيى المازني، عن أبيه مرفوعاً، ووصله ابن ماجة في الأحكام (٢٣٤٠) من طريق إسحاق بن يحيى، عن عبادة، وإسناد رجاله ثقات، إلا أن إسحاق لم يدرك عبادة، قاله البخاري والترمذي وابن عدي.

وأخرجه ابن ماجة مس حديث ابن عباس (٢٣٤١) وفي إسناده جابر الجعفي والبيهقي: ٦/ ٦٩ ـ ٧٠ والحاكم: ٢/ ٥٧ ـ ٥٨ ووافقه الذهبي.

امرأة تزوَّجَتْ على نعلَيْن فقال لها رسول الله ﷺ: «أرضِيْتِ من نفسِك ومالِكِ بهاتين النَّعْلَيْن؟ قالت: نعم، فأجازه»[١] ومن هذا الحديث دليلان:

أحدهما: إنه اعتبر رضاها دون الأولياء.

والثاني: لم يسأل هل ذلك مهر مثلها؟ فدل على أن نقصان المهر ورضى الأولياء غير معتبرين، ولأن ما ملكت الإبراء منه ملكت تقديره كالأثمان، ولأن ما ثبت لها في الأثمان ثبت لها في المهر بالابراء.

ولأن ثبوت الولاية عليها في بضع لا يوجب ثبوت الولاية عليها في بدله أصله مهر أمتها، ولأن لها منفعتين: منفعة استخدام، ومنفعة استمتاع، فلما لم يملك الأولياء الاعتراض عليها في الاستخدام إذا أجر نفسها بأقل من أجرة مثلها، لم يملكوا الاعتراض في الاستمتاع إذا زوجت نفسها بأقل من مهر مثلها.

وتحريره قياساً: أنه أحد المنفعتين، فلم يملك أولياؤها مع جواز أمرها الاعتراض عليها في بدله كالإجارة. ولأن وجوب المهر قد يكون تارة عن اختيار ومراضاة، وذلك في العقود. وتارة عن غير اختيار ومراضاة، وذلك في إصابة الشبهة وما شاكله. فلما ملكت تحقيقه إذا وجب بغير اختيارها، فأولى أن تملك تحقيقه إذا وجب باختيارها، لأنه مع الاختيار أخف، ومع عدمه أغلظ.

ولأن ما يلحق الأولياء من العار إذا نكحت بأخس الأموال جنساً كالنوى وقشور الرمان، أكثر مما يلحقهم إذا نكحت بأقل المهور قدراً. فلما لم يكن للأولياء الاعتراض عليها في خسة الجنس، لم يكن لهم الاعتراض عليها في نقصان القدر.

فأما الجواب عن قوله ﷺ: «أدُّوا العلائق»[٢] فهو أنه أمر الأزواج بأداء العلائق. وقوله: «إنَّ العلائِقَ ما تراضَى به الأهلون» يعني: أهل العلائق، وأهلوها هم الزوجات دون الأولياء، فكان الخبر دليلاً على أبي حنيفة لا له.

وأما قياسه على البضع. فالجواب عنه: أن الأولياء إنما ملكوا الاعتراض فيه لما فيه

---

(١) الحديث: أخرجه الترمذي في النكاح (١١١٣) أن امرأة من بني فزارة وقال الترمذي: حديث حسن صحيح وابن ماجة (١٨٨٨) والبيهقي: ٧/ ٢٣٩ وأحمد: ٣/ ٤٤٥.

(٢) سبق تخريجه.

من نقص النسب ودخول العار على الأهل والولد، وليس في تخفيف المهر عار كما لم يكن في إسقاطه عار، وهو دليل الشافعي، وفيه جواب عن الاستدلال.

وأما الاستدلال بدخول الضرر على نساء العصبات، فلو كان لهذا المعنى يستحق الاعتراض فيه لا استحقه النساء اللاتي يدخل عليهن الضرر دون الأولياء، ولا اشترك فيه القريب والبعيد، ولا اعترض عليهن في الجنس كالاعتراض في القدر، ولكانت ممنوعة من الزيادة فيه كما منعت من النقصان منه، فلما فسد الاعتراض بهذه المعاني كان بالنقصان أفسد.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولا ولايةَ لأحدٍ منهم وثم أولى منه)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح. قد ذكرنا أن أقرب العصبات أحق بالولاية من الأبعد على ما مضى من الترتيب. وقال مالك: إذا كان الأبعد سيد العشيرة، كان أحق من الأقرب كالتي لها عم هو سيد عشيرته، ولها إخوة، فالعم أحق بنكاحها من الأخوة. استدلالاً بأمرين:

أحدهما: ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: «لا تنكحُ المرأةُ إلا بإذنِ وليِّها، أوذي الرَّأي من أهلها، أو السُّلطان»[٢] فجعل ذا الرأي مقدماً.

والثاني: أنه بفضل رئاسته أقدر على تخير الأكفاء، وللرغبة فيه تعدل إليه الزعماء.

وهذا خطأ، واستحقاق الولاية بالقرب أولى من استحقاقها بالرئاسة مع البعد لأمور منها: أن رئاسة الأبعد لمَّا لم يستحق بها الولاية مع الأب، فكذلك مع كل عصبة هو أقربُ ولأنه لما لم يتقدم بالرئاسة في الولاية على المال، لم يتقدم بالرئاسة في الولاية على النكاح. ولأن ما استحق بالنسب لم تؤثر فيه الرئاسة كالميراث.

وأما الأثر عن عمر رضي الله عنه فهو دليلنا، لأنه قدم الولي على ذي الرأي من الأهل، وأما قدرته على تخيير الأكفاء وما يتوجه إليه من رغبة الزعماء فهذا المعنى لا يزول إذا باشر عقدها من هو أقرب منه.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (فإن كان أولاهُم بها مفقوداً أو غائباً،

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٥.

(٢) الأثر عن عمر، سبق تخريجه.

بعيدةً كانت غيبتُهُ أو قريبةً، زوَّجها السّلطانُ بعد أن يرضى الخطّابُ، ويحضرَ أقربُ ولاتها، وأهلُ الحزمِ من أهلها، فيقول: هل تنقِمُون شيئاً؟ فإن ذكروه نُظِرَ فيه)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا ثبت أن الولاية يستحقها الأقرب دون الأبعد، وكان الأقرب مفقوداً أو غائباً، لم تنتقل الولاية عنه إلى من هو أبعد. وقال أبو حنيفة: إن كان الأقرب مفقوداً انتقلت الولاية إلى من هو أبعد، وإن كان غائباً معروف المكان، فإن كانت غيبته مقطعة انتقلت الولاية إلى الأبعد، وإن كانت غير منقطعة لم تنتقل. قال محمد بن الحسن: والغيبة المنقطعة من الكوفة إلى الرقة وغير المنقطعة من الكوفة إلى بغداد.

واستدل على انتقالها بالغيبة إلى الأبعد: بأنه قد تعذر منه تزويجها، كما يتعذر منه بالجنون والرق، فلما انتقلت عنه بجنونه ورقه انتقلت عنه بغيبته.

وهذا خطأ، لأنها ولاية لا تنتقل بغيبة غير منقطعة، فوجب أن لا تنتقل بغيبة منقطعة كالولاية على المال. ولأنها غيبة لا تنتقل بها ولاية المال، فوجب أن لا ينتقل بها ولاية النكاح، كالغيبة التي ليست منقطعة. ولأن الغيبة لا تزيل ولايته، لأنه لو زوجها في غيبته صح، ولو وكل في تزويجها جاز، وإذا لم تزل عنه لم تنتقل إلى من هو أبعد منه كالحاضر.

فأما استدلالهم بتعذر النكاح منه، فليس تعذره منه مع بقاء الولاية يوجب انتقالها عنه كالعاضل.

فصل: فإذا صح أن الولاية لا تنتقل عنه بالفقد والغيبة إلى من هو أبعد، لم يخل: أن يكون مفقوداً، أو غائباً.

فإن كان مفقوداً لا يعرف مكانه ولا يعلم خبره، زوّجها الحاكم النائب عن الغيب في حقوقهم، كما يزوجها عنه إذا عضل.

وإن كان غائباً، لم تخل مسافة غيبته أن تكون قريبة أو بعيدة. فإن كانت بعيدة، وهو أن يكون على أكثر من مسافة يوم وليلة، زوجها الحاكم عنه من غير استئذانه فيه، لأن استئذانه مع بعد الغيبة شاق، ولأن طول الزمان في بعد المسافة يفوت على الزوجة حقها من العقد. وإن كانت غيبته قريبة، وهو أن يكون على أقل من مسافة يوم وليلة. فقد اختلف

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٥.

أصحابنا في جواز تزويج الحاكم لها بغير إذنه على وجهين:

أحدهما: يزوجها الحاكم بغير إذنه للمعنيين المتقدمين، وهو ظاهر كلام الشافعي، لأنه قال: «بعيدةً كانت غيبتُه أو قريبة».

والوجه الثاني: أنه لا يجوز للحاكم تزويجها إلا بإذنه، لأنه في حكم الحاضر، إذ ليس له الترخص بأحكام السفر. وتأول قائل هذا الوجه من أصحابنا كلام الشافعي «بعيدة كانت غيبته أو قريبة» على قرب الزمان لأقرب المكان، كأنه لم يفرق بين أن يكون قد سافر من زمان قريب أو من زمان بعيد، وإن فرق بين أن يكون سفره إلى مكان قريب أو مكان بعيد والله أعلم.

فصل: فإذا أراد الحاكم تزويجها لفقد الولي وغيبته على ما وصفنا، فقد اختار الشافعي له إحضار أهلها ممن له ولاية كالعصبات، أو ولاية له كالأخوال، ليشاورهم في تزويجها ويسألهم عن كفاءة زوجها استطابة لنفوسهم، كما أمر رسول الله ﷺ نعيماً أن يشاوِرَ أم ابنته[1]. وإن لم يكن لها في الولاية حق، ولأنهم أعرف بحالها وحال الزوج، لمكان اختصاصهم وكثرة فراغهم من الحاكم. فإذا أحضرهم الحاكم للمشاورة في نكاحها، كان معهم فيه بالخيار بين أمرين: أن يقول لهم اختاروا زوجاً، فإذا اختاروا نظر الحاكم في كفاءته: فإن كان كفؤاً، زوَّجها به عن إذنها. وإن كان غير كفء، لم يزوِّجها به، وإن أذنت فيه ورضيه أهلها، لأن للغائب حقاً في طلب الكفاءة لها. وبين أن يختار الحاكم لها كفؤاً، ثم يسأل الأولياء عنه بعد إذن الزوجة فيه. فإن لم يقدحوا في كفاءته، زوَّجها به سواء أرادوه أو لم يريدوه. فإن قدحوا فيه نظر الحاكم فيما ذكروه من القدح: فإن كان مانعاً من الكفاءة لم يزوجها به، والتمس لها غيره، إن كان غيره مانع من الكفاءة زوَّجها به. وإن كرهوه، لأن المعتبر رضى المنكوحة دونهم، وإنما يعتبر منهم اختيار الأكفاء. ويستحب للحاكم إذا تعذر تزويجها بمن يقع عليه الاختيار أن يرد العقد إلى الحاضر من أوليائها ليكون عقده متفقاً على صحته، فإن لم يفعل وتفرد بالعقد من غير مشاورتهم جاز، والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو عضَلها الوليُّ زوَّجها السُّلطانُ. والعضلُ أن تدعو إلى مِثْلِها فيمتنع)[2].

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٦٥.

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا دعت المرأة وليها إلى تزويجها فعليه إجابتها وهو حرج إن امتنع قصداً للأضرار لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾[١] فإن عضلها لم يخل أن يكون في درجته من العصبات: غيره، أم لا. فإن كان في درجته غيره، لأنه واحد من إخوتها، أو واحد من بني عمها، عدلت عنه إلى من في درجته من إخواتها أو بني عمها، وليس للحاكم معهم مدخل إذا زوجها غير العاضل ممن يساويه في النسب. وإن لم يكن في درجته من الأولياء أحد، وكانوا أبعد منه نسباً، عدلت عن العاضل إلى الحاكم، ولم تعدل إلى البعيد في النسب، لأن عضله لا يزيل ولايته، وعلى الحاكم أن يحضره ويسأله عن سبب عضله. فإن كان لأن الزوج الذي دعت إليه غير كفء لم يكن عاضلاً، لأن له أن يمنعها من نكاح غير الكفء، ولم يكن للحاكم أن يزوجها به. وقال: لها إن أردْتِ زوجاً فالتمسي غيره من الأكفاء، وإن كان الزوج الذي دعت إليه المرأة كفؤاً، وكان امتناع الولي منه لكراهته وبغضه، لا لعدم كفاءته، صار الوليّ حينئذ عاضلاً.

قال الشافعي: والعضل أن تدعو إلى مثلها فيمتنع، فحينئذ يأمره الحاكم بتزويجها، ولا يتولاه الحاكم ما لم يقم الولي على الامتناع فإذا أجاب وزوج بعد الامتناع، زالت يد الحاكم عن العقد وإن أقام على الامتناع زوجها الحاكم حينئذ عنه، لقوله ﷺ. فإذا اشتَجَرُوا أو قال: اختلَفُوا فالسّلطانُ وليُّ مَنْ لا وليَّ له[٢]، ولأن تزويجها حقٌّ على وليها، ومن وجب عليه حقٌّ فامتنَع منه، أخذه الحاكم به جبراً، فقام مقامه في أدائه، كقضاء الديون من ماله والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ووكيلُ الوليِّ يقومُ مقامَهُ. فإنْ زوَّجَها غيرَ كفْءٍ لم يجز)[٣].

قال الماوردي: وهذا كما قال، الوكالة في التزويج جائزة، وقال أبو ثور: لا تجوز، استدلالاً بأن الولي لما لم يكن له أن يوصي بالولاية، لم يكن له أن يوكل فيها، ولأن الولي نائب، فلم يكن له أن يوكل من ينوب عنه كالوكيل الذي لا يجوز أن يوكل غيره، وهذا خطأ لقوله ﷺ: «أيّما امرأةٍ نكحَتْ بغير إذْنِ وليِّها فنكاحُها باطِل»[٤] وإذْنُ الوليِّ إنما صحَّ في الوكالة لا للمنكوحة.

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٣٢.
(٢) سبق تخريجه.
(٣) مختصر المزني، ص: ١٦٥.
(٤) سبق تخريجه.

ولأن النبي ﷺ وكَّلَ عمرو بن أمية الضَّمري في تزويج أم حبيبة بنت أبي سفيان بأرض الحبشة، فأصدَقَها النجاشيُّ، أربعمائة دينار[1] فجعلَ عبدُ الملك بن مروان، ذلك حدَّ الصّداق للشريفات من قومه.

ووكل رسول الله ﷺ أبا رافعٍ في تزويج ميمونة بنت الحارث الهلالية بمكة سنة سبع، فردَّتْ أمرَها إلى العباس بن عبدِ المطلب فزوَّجها به[2] وكان العباسُ زوجَ أختها أم الفضل[3].

فإن قيل: هذا يدل على أن للمرأة أن تعقد على نفسها لأنها ردت أمرها إلى العباس ولم يكن ولياً لها، فعن هذا أربعة أجوبة:

أحدها: أن هذا كان قبل استقرار الشرع في عقود المناكح واشتراط الولي فيه.

والثاني: يجوز أن يكون تزويجه لها بأن كان سفيراً في العقد ومشيراً.

والثالث: أنه يجوز أن يكون وليها رد ذلك إليه فزوجها.

والرابع: قاله بعض أصحابنا: أن النبي ﷺ مخصوص أن ينكح بغير ولي. ويدل على جواز الوكالة أن النكاح عقد يقصد فيه المعاوضة فصحت فيه الوكالة كالبيوع. فأما الوصية به، فإنما لم تصح لانقطاع ولايته بموته، فصار موصياً في حق غيره، وهو في الوكالة موكل مع بقاء حقه، فصحت وكالته وإن لم تصح وصيته.

وأما الوكيل فلم يجز أن يوكل لأنه مستناب بعقد، والولي يجوز أن يوكل لأنه مالك بالشرع، فافترقا.

فصل: فإذا تقرر جواز الوكالة في النكاح، جاز أن يوكل الولي والزوج، ولم يجز أن توكل الزوجة، لأنه لا حق للزوجة في مباشرة العقد، فلم يصح منها التوكيل فيه، وإذا كان كذلك فحكم الوكالة فيه تتعلق بفصلين:

أحدهما: في توكيل الولي.

---

(١) سبق تخريجه. وراجع الحاكم: ٤/ ٢٢.

(٢) حديث العباس: «أن النبيّ ﷺ خطب ميمونة بنت الحارث، فجعلت أمرها إلى العباس...» أخرجه أحمد: ١/ ٢٧٠ وفي إسناده الحجاج بن أرطاة وهو مدلس. والحاكم: ٤/ ٣١.

(٣) في الحديث السابق عند الحاكم: وميمونة هي أخت أم الفضل، امرأة العباس بن عبد المطلب.

والثاني: في توكيل الزوج.

فأما توكيل الولي فلا يجوز أن يوكل فيه إلا من يصح أن يكون ولياً فيه، وهو أن يكون: ذكراً، بالغاً، عاقلاً، حراً، مسلماً، رشيداً. فإذا جمع هذه الأوصاف الستة صحّ توكيله، كما تصح ولايته. وإن أخل بأحد هذه الأوصاف فوكّل امرأة، أو صغيراً، أو مجنوناً، أو عبداً، أو كافراً، أو سفيهاً، لم يجز وكانت الوكالة باطلة، فإن عقد بها كان العقد فاسداً. فإذا تكاملت في الوكيل هذه الشروط الستة لم يخل حال الولي الموكل له من أحد أمرين:

إما أن يكون ممن يجبر على النكاح كالأب والجد مع البكر.

أو ممن لا يجبر عليه كسائر الأولياء مع الثيب أو كغير الأب والجد مع البكر والثيب.

فإن كان الولي ممن يجبر على النكاح كالأب والجد مع البكر، جاز له أن يوكل بإذنها وغير إذنها. كما يجوز له تزويجها بإذنها وغير إذنها، لكن هل يلزمه أن يعين لوكيله على الزوج، أو يرده إلى اختياره؟ فيه قولان:

أحدهما: يجوز أن يرده إلى اختياره، لأنه قد أقامه بالتوكيل مقام نفسه، فلم يلزمه التعين كالتوكيل في الأموال، فعلى هذا يلزمه أن يختار لها كفؤاً، والأولى به إذا أراد تزويجها بمن اختاره لها أن يستأذنها فيه، وإذنها معه الصمت كإذنها مع الأب، فإن زوجها به من غير استئذانه، صحّ النكاح كالأب إذا زوج بغير إذن فلو أن الولي على هذا القول عين لوكيله على الزوج، سقط اختيار الوكيل، ولم يكن له تزويجها بغير من عين له عليه، كالوكيل في الشراء إذا عين له على ما يشتريه.

والقول الثاني: أن على الولي أن يعيِّن لوكيله في عقد الوكالة على الزوج الذي يزوجها به، ولا يرد ذلك إلى اختياره، لأن معنى الولي في لحوق عارها مفقود في وكيله، فلم يقم اختيار الوكيل مقام اختياره. وفارق التوكيل في الأموال التي لا يراعي في اختيارها لحوق العار.

فعلى هذا متى زوجها الوكيل بكفء أو غير كفء، بإذن أو بغير إذن، كان النكاح باطلاً لفساد الوكالة. فلو عين له أن يزوجها بأحد رجلين، نظر: فإن كان الولي قد اختارهما ورد العقد على أحدهما إلى خيار وكيله، لا إلى اختياره، جاز. وإن لم يكن من الولي

اختيار، بل رد ذلك إلى اختيار وكيله وخياره، لم يجز، ثم الاعتبار بأن لا يكون للوكيل خيار.

فصل: وإن كان الولي ممن لا يجبر على النكاح، فهل يلزمه استئذانها في عقد الوكالة أم لا؟ اختلف أصحابنا فيه على وجهين، ومنهم من خرجه على قولين:

أحدهما: وهو اختيار أبي علي بن أبي هريرة: أنه لا يصح توكيله إلا بإذنها. لأنه نائب عنها، فأشبه الوكيل الذي لا يجوز له أن يوكل فيما هو وكيل فيه إلا عن إذن موكله.

فعلى هذا، إن لم يستأذنها الولي في توكيله، فزوجها الوكيل بإذنها وغير إذنها، كان النكاح باطلاً لفساد الوكالة. ولو استأذنها الولي فيه بعد عقد الوكالة، لم تصح الوكالة حتى يستأنفها الولي بعد إذنها في توكيله. فإذا وكله بعد إذنها، كان وكيلاً لهما جميعاً، فإن رجعت في توكيله بطلت الوكالة، ولم يكن له أن يزوج.

والوجه الثاني: وهو اختيار أبي إسحاق المروزي: أن الوكالة جائزة وإن لم يستأذنها الولي في عقدها، لأنه موكل في حق نفسه الذي ثبت له بالشرع، لا بالاستنابة، فأشبه الأب وخالف الوكيل المستناب، فعلى هذا تصح الوكالة.

وإن لم يستأذن المرأة في عقدها ويكون هو وكيلاً للولي وحده، ولا يؤثر فيه منعها، لكن ليس للوكيل أن يزوجها إلا بإذنها، كما لم يكن ذلك لوليها الموكل، فإن زوجها بغير إذنها كان النكاح باطلاً ساء زوجها بكفء أو غير كفء. ولو زوجها الوكيل بإذنها من غير كفء، كان النكاح باطلاً، سواء أجازه الولي أو لم. . يجزه الله أعلم.

فصل: وأما توكيل الزوج، فإن كان في تزويج امرأة بعينها جاز أن يوكل كل من يصح منه قبول النكاح لنفسه، وهو من اجتمعت فيه ثلاثة شروط: أن يكون ذكراً، بالغاً، عاقلاً. سواء كان حراً أو عبداً، رشيداً أو سفيهاً، لأن العبد والسفيه يجوز أن يقبلا عقد النكاح لأنفسهما، فصح أن يقبلاه لغيرهما.

فأما توكيل المرأة والصبي والمجنون فلا يصح، لأنه لما لم يصح منهم قبوله لأنفسهم لم يصح منهم قبوله لغيرهم. فأما إن كان توكيل الزوج في تزويج امرأة غير معينة ليختارها الوكيل، فهل يلزم أن ينضم إلى الشروط الثلاثة في الوكيل: أن يكون رشيداً غير مولى عليه بسفه، أم لا؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون رشيداً يقبل نكاحاً لنفسه، فإن كان سفيهاً لم يجز لقصوره عن التصرف في نكاح نفسه.

والوجه الثاني: لا يلزم أن يكون رشيداً، لأنه يقبله عن إذن، وقد يصح منه أن يقبل نكاحاً لنفسه عن إذن وليه.

والوجه الثالث: إن عين لوكيله على القبيلة، وإن لم يعين له على المنكوحة، جاز أن يكون وكيله فيه سفيهاً. فإن لم يعين على القبيلة ولا على المنكوحة، لم يجز أن يكون الوكيل فيه إلا رشيداً.

وهذه الأوجه الثلاثة بناء على اختلاف الأوجه في إذن وليه له أن يعقد لنفسه من غير تعيين والله أعلم بالصواب.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ووليُّ الكافرةِ كافرٌ، ولا يكونُ المسلمُ ولياً لكافرةٍ، لقطعِ الله تعالى الموالاةَ بينَهما بالدِّيْنِ، إلا على أمته المسلمة إلى آخر كلام المزني)[١].

قال الماوردي: وأصلُ ذلك، أن اتفاق الدين شرط في ثبوت الولاية على المنكوحة، فلا يكون الكافر ولياً لمسلمة، ولا المسلم ولياً لكافرة لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾[٢]، وقال تعالى: ﴿لاَ تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾[٣] فدلت هاتان الآيتان على أن لا ولاية لكافر على مسلمة، وقال تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾[٤] فدلّ على أن لا ولاية لمسلم على كافرة، ولأن النبي ﷺ لما أراد أن يتزوج أم حبيبة بنت أبي سفيان، وكان أبوها وإخوتها كفاراً، وهي مسلمة مهاجرة بأرض الحبشة، تزوجها من أقرب عصباتها من المسلمين وهو خالد بن سعيد بن العاص[٥].

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٥. وتتمة الفصل: «وإنما صار ذلك له، لأن النكاح له. تزوج ﷺ أم حبيبة وولي عقدة نكاحها ابن سعيد بن العاص وهو مسلم، وأبو سفيان حي، وكان وكيل النبيّ ﷺ عمرو بن أمية الضمري. قال المزني: ليس هذا حجة في إنكاح الأمة، ويشبه أن يكون أراد أن لا معنى لكافر في مسلمة، فكان ابن سعيد ووكيله ﷺ مسلمين، ولم يكن لأبيها معنى في ولاية مسلمة إذا كان كافراً».

(٢) سورة النساء، الآية: ١٤٠.

(٣) سورة المائدة، الآية: ٥١.

(٤) سورة الأنفال، الآية: ٧٢.

(٥) تقدّمت قصة زواجه ﷺ من أم حبيبة.

فدل على انتقال الولاية بالكفر عمن هو أقرب إلى من ساواها في الإسلام، وإن كان أبعد، لأن الله تعالى قد قطع الموالاة باختلاف الدين، فلم تثبت الولاية معه، كما لم يثبت الميراث لأن الولاية إنما شرعت لطلب الحظ لها ودفع العار عنها، واختلاف الدين يصد عن هذا ويمنع منه، كما قال تعالى: ﴿لَا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلًّا وَلَا ذِمَّةً﴾[1].

فصل: فإذا تقرر هذا فلا تثبت للكافر ولاية على مسلمة لا بنسب ولا بحكم ولا بملك، ولا يزوجها من عصباتها إلا مسلم قد جمع شرطين: النسب، الدين. وأما الكافرة فالولاية عليها تنقسم ثلاثة أقسام: ولاية نسب، وولاية بحكم، وولاية بملك.

فأما القسم الأول وهو: الولاية بالنسب، فلا يثبت عليها إلا لمن إذا شاركها في النسب ساواها في الدين ويراعى أن يكون رشيداً في دينه، كما يراعى رشد الولي المسلمْ فلو كانت الكافرة نصرانية وكان لها أخ مسلم، وأخ نصراني، وأخ يهودي، وأخ مجوسي فلا ولاية عليها للمسلم، ويكون النصراني والمجوسي في الولاية عليها سواء، كما يتشاركون في ميراثها، ولا يختص به النصراني منهم، لأن الكفر كله ملة واحدة، فلو كان في إخوتها مرتد عن الإسلام، فلا ولاية له عليها، كما لا ميراث له منها، ولأن المرتد مولى عليه، فلم يجز أن يكون ولياً. فلو كانت المرأة مرتدة، وكان لها أخ مسلم، وأخ مرتد، وأخ نصراني، فلا ولاية عليها لواحد منهم، كما لا يرثها واحد منهم، ولا يجوز أن تزوج بمسلم ولا كافر ولا مرتد، لأن الردة مانعة من استباحة نكاحها.

فصل: وأما القسم الثاني وهو الولاية بالحكم، فيثبت للمسلم على الكافرة، لأنها لا تستحق بالموالاة كالنسب، فيمنع اختلاف الدين منها. وإنما تستحق بالولاية التي تثبت على الكافر كثبوتها على المسلم، فإذا عدمت الكافرة مناسبها من عصبتها الكافر زوجها حاكم المسلمين لكفء من الكفار أو المسلمين، فإن دعت إلى زواج وجب على الحاكم تزويجها به، لأنه إذا تقاضيا إلى حاكم المسلمين مسلم وكافر لزمه الحكم بينهما.

وإن دعت إلى زوج، فإن كان من أهل العهد كان حاكم المسلمين بالخيار بين: تزويجها به، والإعراض عنها، كما يكون بالخيار في الحكم بينهما إذا تقاضيا إليه. وإن كانا من أهل الذمة، فهل يلزم الحاكم تزويجها به أم لا؟ على قولين من اختلاف قوليه في وجوب

(١) سورة التوبة، الآية: ١١.

الحكم بينهما عند الترافع إليه، فإن زوّجها به لم يعقد نكاحها إلا بشاهدين مسلمين، ولا يجوز أن يعقده بأهل دينها، لأن الإسلام والعدالة شرط في الشهادة.

فصل: وأما القسم الثالث وهو الولاية بالملك، فقد اختلف أصحابنا في ثبوتها للسيد المسلم على أمته الكافرة على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي، وأبي سعيد الأصطخري: أنه يجوز للسيد المسلم تزويج أمته الكافرة، وهو ظاهر كلام الشافعي رضي الله عنه لأنه قال: «ولا يكونُ المسلمُ ولياً لكافرة إلا على أمته»[1]. ووجهُهُ شيئان:

أحدهما: أنها لم تستحق بموالاة النسب، فلم يؤثر فيها اختلاف الدين كالولاية بالحكم.

والثاني: أن السيد يتوصل بها إلى الكسب، فلم يؤثر اختلاف الدين، كما لم يؤثر الفسق.

والثاني: وهو قول أبي إبراهيم المزني، وأبي القاسم الداركي وطائفة: إن إسلام السيد يمنعه من تزويج أمته الكافرة، كما يمنعه من تزويج ابنته الكافرة. وحمل غير المزني قول الشافعي «إلا على أمته» على حد وجهين:

أما حكاية عن مذهب غيره.

وأما على أمته في عقد الإجارة على منافعها دون بعضها، استدلالاً بأن في تزويجه لها تغليباً لولاية النكاح دون الكسب، لأن المرأة لا تزوج أمتها وإن ملكت عقد اكتسابها.

فأما المزني فإنه اعترض على الشافعي رضي الله عنه فيما نقله في استدلاله بحديث أم حبيبة، ويوهم أنه استدل به في تزويج المسلم لأمته الكافرة، وهذا خطأ في التوهم، لأن الشافعي إنما استدل به على أن الكافر لا يزوج بنته المسلمة، وهو دليل عليه وبالله التوفيق.

مسالة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (فإنْ كان الوليُّ سفيهاً أو ضعيفاً غيرَ عالمٍ بموضع الحظِّ، أو سقيماً مؤلماً، أو به علَّة، تخرِجُهُ من الولاية فهو كَمَنْ ماتَ، فإذا صحَّ صارَ وليّاً)[2].

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٥.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٦٥.

قال الماوردي: وهذا صحيح ذكر الشافعي رضي الله عنه الأسباب المانعة من ولاية النكاح فقال: «فإن كان الوليّ سفيهاً» وفيه تأويلان:

أحدهما: أنه المجنون، لأنه سفيه العقل.

والثاني: أنه المفسد لماله ودينه، لأنه سفيه الرأي.

فأما المجنون فلا ولاية له، لأنه لما أزال الجنون ولايته على نفسه فأولى أن يزيل ولايته على غيره، فلو كان يجن في زمان ويفيق في زمان، فلا ولاية له في زمان جنونه. فأما زمان إفاقته فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون فيه بليداً مغموراً لا يصح فكره ولا يسلم تمييزه، فلا ولاية له في زمان إفاقته، كما لا ولاية له في زمان جنونه.

والضرب الثاني: أن يكون فيه سليم الفكر صحيح التمييز، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون زمان إفاقته أكثر من زمان جنونه، فله الولاية في زمان الإفاقة.

والضرب الثاني: أن يكون زمان إفاقته أقل من زمان جنونه، ففي عود الولاية إليه في زمان الإفاقة وجهان:

أحدهما: تعود إليه لعدم ما يمنع منها.

والوجه الثاني: لا تعود إليه اعتباراً بحكم الأغلب من زمانه.

فأما السفيه فله حالتان:

إحداهما: أن يكون محجوراً عليه بالسفه.

والثانية: أن يكون غير محجور عليه. فإن كان محجوراً عليه فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون قد حجر عليه لأنه لا يعرف موضع الحظ لنفسه، فهذا لا ولاية له، لأن من لا يعرف حظ نفسه فأولى أن لا يعرف حظ غيره.

والضرب الثاني: أن يكون قد حجر عليه لتبذيره لماله مع معرفته بحظ نفسه ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول جمهور أصحابنا، لا ولاية له في النكاح، لأنه لما زالت ولايته عن نفسه فأولى أن يزول ولايته على غيره.

والوجه الثاني: وهو قول أبي العباس ابن سريج: وهو على ولايته وله تزويج وليته، لأن ما استحق به الحجر لحفظ المال غير مقصود في ولاية النكاح، فلم يؤثر في اسقاطها فإن كان السفيه غير محجور عليه، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: إنه كالمحجور عليه لا ولاية له لوجود معنى الحجر فيه.

والوجه الثاني: أنه على ولايته، لأنه لما كان قبل الحجر باقي الولاية على نفسه كان باقي الولاية على غيره والله أعلم.

فصل: ثم قال الشافعي رضي الله عنه أو ضعيفاً وفيه تأويلان:

أحدهما: أنه الصغير الضعيف البدن.

والثاني: أنه الضعيف، إما لعته، وبله، وإما لكبر وهرم. فأما الصغير فلا ولاية له، لأنه مولى عليه، فلم يجز أن يكون والياً، وأما المعتوه والأبله فلا ولاية له، لأنه لا يصح تمييزه فيعرف حظ نفسه وحظ غيره. وأما الشيخ الهرم الذي قد صار بهرمه خرفاً لا يعرف موضع الحظ، فلا ولاية له لفقده تمييزه.

فصل: قال الشافعي رضي الله عنه أو سقيماً مؤلماً وفيه روايتان:

أحدهما: مؤلماً يعني ذا المرض المؤلم.

والرواية الثانية: مولياً يعني ذا المرض المولى، لفقده تمييزه كالبرسام، وإن كان مرضه مؤلماً، نظر في ألمه: فإن كان يسيراً لا يمنعه من الفكر والنظر، كان على ولايته. وإن كان ألمه عظيماً قد قطعه عن الفكر وصرفه عن الحظ والصلاح، فلا ولاية له لفقد المقصود بها منه. وإن كان مرضه مولياً عليه كإغماء المبرسم، فلا يصح منه أن يزوج منه في حال إغمائه، وفي بطلان ولايته وجهان:

أحدهما: قد بطلت لزوال عقله كالجنون فعلى هذا تنتقل الولاية إلى من بعده من الأولياء.

والوجه الثاني: لا تبطل، لأن إغماء المريض استراحة كالنوم وبهذا المعنى فرقنا بينه وبين المرض المؤلم الذي ليس باستراحة، في إبطال الولاية، فعلى هذا ينوب عنه الحاكم في التزويج ولا تنتقل إلى من بعده من الأولياء والله أعلم.

فصل: ثم قال الشافعي: «أو به علة تخرجه من الولاية» وفيها تأويلان:

أحدهما: أنه أراد به الأمراض المانعة من الولاية، فمنها ما ألم كقطع الأعضاء، ومنها ما أثره في التمييز كالأعمى، وفي إضافة العمى والخرس إليها وجهان.

والتأويل الثاني: أنه أراد الأسباب المانعة من الولاية كالكفر والرّقّ والردة، فأما الفسق ففيه أربعة أوجه:

أحدها: وهو الأظهر، أنه مانع من ولاية النكاح بكل حال.

والوجه الثاني: وهو مذهب أبي حنيفة: أنه لا يمنع منها بحال.

والوجه الثالث: وهو قول أبي إسحاق المروزي: أنه إن كان ممن يجبر كالأب بطلت ولايته بالفسق، وإن كان ممن لا يجبر كالأخ لم تبطل ولايته بالفسق.

والوجه الرابع: وهو قول بعض البصريين: إنه إن كان الفسق موجباً للحر بطلت به الولاية، وإن كان غير موجب لم تبطل به، وقد تقدم توجيه هذه الأوجه.

فأما الخنثى فإن كان باقياً على إشكاله فلا ولاية له، وإن زال إشكاله فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون زواله بقوله، كإخباره عن نفسه بأن طبعه يميل إلى الرجال حتى يزوج امرأة، فلا ولاية له لأن قوله، وإن قبل على نفسه فهو غير مقبول على غيره.

والضرب الثاني: أن يكون قد زال يقيناً بإمارة لا يرتاب بها، فله الولاية لاعتبار حكمه بالرجال في جميع الأحوال وأما الإحرام بحج أو عمرة فمانع من الولاية، وسواء كان صحيحاً أو فاسداً، لاستوائهما في المضي فيهما. ولا تبطل به الولاية، لأنه يصير بإحرامه كالعاضل، فيزوجها الحاكم عنه، ولا تنتقل الولاية عنه إلى ما بعده من الأولياء.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا من الأسباب المبطلة لولاية النكاح، انتقلت الولاية بها إلى من هو أبعد، بخلاف الغيبة التي توجب انتقال الولاية، لأن الغائب يصح منه التزويج، ولا يصح من هؤلاء. فلو زالت الأسباب المبطلة للولاية: بأن أسلم الكافر، وأعتق العبد، وأفاق المجنون، ورشد السفيه، عادوا إلى الولاية وانتقلت عمن هو أبعد منهم. فلو كان الأبعد قد زوج في جنون الأقرب وسفهه، صح نكاحه، ولم يكن للأقرب بعد الإفاقة الرشد اعتراض عليه. ولو كان الأبعد قد زوج بعد إفاقة الأقرب ورشده، كان نكاحه باطلاً سواء علم بإفاقته أو لم يعلم.

فإن قيل: أفليس وكيل الولي إذا زوج بعد رجوع الولي في الوكالة قبل علمه برجوعه، كان في نكاحه قولان، فهلا كان نكاح الأبعد مثله على قولين؟.

قيل: الفرق بينهما، أن الوكيل مستناب يضاف عقده إلى موكله، فكان عقده أمضى من عقد الأبعد الذي ليس بنائب عن الأقرب. فعلى هذا: لو زوجها الأبعد ثم اختلف هو والأقرب، فقال الأبعد: زوَّجتُها قبل إفاقتك، فالنكاح ماضٍ. وقال الأقرب: بل زوجتها بعد إفاقتي، فالنكاح باطل ولا اعتبار باختلافهما، والرجوع فيه إلى قول الزوجين، لأن العقد حق لهما، فلم يبعد فيه قول غيرهما والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو قالتْ: قد أذنْتُ في فلانٍ فأيّ ولاتي زوَّجَني فهو جائِزٌ، فأيُّهم زوَّجها منه جازَ. فإنْ تشاحَوا أَقْرَعَ بينهُمْ السُّلطان)(١).

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا كان للمرأة جماعة أولياء في درجة واحدة كالأخوة والأعمام، فينبغي لها ولهم أن يردا عقد نكاحها إلى أسنهم وأعلمهم وأورعهم، لأن ذا السّن قد جرب الأمور، وذا العلم أعرف بأحكام العقود، وذا الورع أسلم اختياراً وأكثر احتياطاً.

فإن قيل: فهلا اشتركوا في عقد نكاحها، ولم ينفرد به أحدهم لتساويهم كالشركاء في ملك إذا أرادوا بيعه أو إجارته، اشتركوا عليه ولم ينفرد به أحدهم لتساويهم فيه. قيل: الفرق بينهما، أن العقود تتبعض. ولو أراد أحدهم أن ينفرد بالعقد على قدر حصته جاز، فلذلك جاز إذا اجتمعوا أن يشتركوا في العقد على الجميع، وليس كذلك عقد النكاح، لأنه لا يتبعض، ولا يجوز العقد على بعض امرأة. فلذلك إذا اجتمع الأولياء لم يشتركوا فيه، وتفرد بالعقد أحدهم. والله أعلم.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا فللمرأة المخطوبة حالتان:

إحداهما: أن تأذن لأحدهم بعينه في العقد عليها.

والثانية: أن لا تعين فإن عينت عليه فقالت: قد أذنت لفلان من إخوتي أو من أعمامي أن يزوجني بفلان، أو بمن يختاره لي من الأكفاء، فيكون المأذون له منهم أحق بعقد نكاحها من جماعتهم. فإن زوجها غيره منهم كان نكاحه باطلاً، سواء كانت قد عينت على الزوج أو لم تعين، لأنها لم تأذن له، فصار عاقداً بغير إذن، فبطل عقده.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٥.

فصل: وإن لم تعين على أحد الأولياء بل قالت: يزوِّجُني أحدكم، فأيكم زوجني فهو بإذني ورضاي. فلا يخلو حالهم حينئذ من أحد أمرين: إما أن يتنازعوا في تزويجها، أو لا يتنازعوا.

فإن لم يتنازعوا في تزويجها وسلّموه لأحدهم، زوجها من سلموا إليه العقد منهم، وسواء كان أفضلهم أو أنقصهم إذا لم يكن له سبب يمنعه من الولاية، لأنه لو تفرد لكان ولياً، فكذلك إذا شارك. وإن تنازعوا فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون نزاعهم في تولي العقد مع اتفاقهم على الزوج، كأنهم اتفقوا على أن يزوجوها بزيد بن عبد الله، لكن قال كل واحد منهم: أنا أزوجها به، فهؤلاء لا حقَّ للسلطان معهم، لأنه ليس فيهم عاضل، لكن يقرع بينهم، فأيهم قرع كان أولى بنكاحها من جماعتهم. فإن زوجها من لم تخرج له القرعة منهم. نظر: فإن كان ذلك قبل القرعة، كان نكاحه جائزاً لكونه ولياً، وإن كان بعد القرعة ففي صحة نكاحه وجهان:

أحدهما: يصح لكونه ولياً.

والثاني: باطل، لأن القرعة قد ميزت حق الولاية لغيره.

فصل: والضرب الثاني: أن يكون نزاعهم في عين الزوج، وفي تولي العقد فيقول أحدهم: أنا أزوجها بزيد ولا أزوجها بعمرو، ويقول الآخر بخلاف ذلك، فيرجع إلى الزوجة. فإن رضيت أحد الزوجين دون الآخر، كان من رضيته الزوجة أحق، ومن دعا إلى تزويجها به أولى. فإن قالت: هما عندي سواء، فزوجوني بأحدهما، فلا قرعة ها هنا، لأنه يصير إقراعاً بين الزوجين، والقرعة لا تميز المقعود عليه، وإنما يتعين بالرضى والاختيار، وإذا كان كذلك صار الأولياء عضلة، لأن كل واحد منهم يمتنع ممن رضيه الآخر، فوجب أن يرجع في تزويجها إلى السلطان، كما لو صرحوا بالعضل حتى يزوجها بمن يختاره لها من الزوجين المختلف فيهما والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو أذِنَتْ لكلِّ واحدٍ منهما أن يزوِّجَها لا مِنْ رجلٍ بعينهِ، فزوَّجها كلُّ واحدٍ رجلاً، فقد قال رسول الله ﷺ: «إذا أنكحَ الوليَّانِ فالأوَّلُ أحقّ»[1]. . . . .

---

(١) أخرجه الترمذي في النكاح (١١١٠) من طريق قتادة، عن الحسن، عن سَمُرة بن جندب مرفوعاً «أيما امرأة زوّجها وليان، فهي للأول منهما»، وأبو داود في النكاح (٢٠٨٨) والنسائي في البيوع: ٧/ ٣١٤، =

إلى آخر المسألة)[١].

قال الماوردي: وصورتها في امرأة لها وليان، أذنت لكل واحد منهما أن يزوجها برجل لا بعينه يختاره لها من أكفائها، فزوجها كل واحد من الوليين برجل غير الذي زوجها به الآخر، فلا يخلو حال الزوجين من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكونا معاً غير كفؤين، فنكاحهما باطل. فإن لم يدخل بها واحد منهما، فلا شيء عليهما. وإن دخل بها أحدهما، كان عليه مهر مثلها دون المسمى، ولا حد عليه. وإن علم أنه غير كفء، لأن من الفقهاء من يقف نكاحه على الإجازة، فكان ذلك شبهة يدرأ بها الحد.

والقسم الثاني: أن يكون أحد الزوجين كفؤاً والآخر غير كفء، فنكاح غير الكفء باطل، ونكاح الكفء جائز، سواء تقدم نكاحه أو تأخر. فإن دخل بها غير الكفء فعليه مهر المثل، ثم ينظر: فإن كان نكاحه قد تقدم فلا حد عليه، سواء علم أو لم يعلم، وعليها أن تعتد من إصابته. وإن كان نكاحه قد تأخر، فإن علم بالحال، فعليه الحد لارتفاع الشبهة، ولا عدة عليها، لأنها لو جاءت بولد لم يلحق به. فإن لم يعلم به فلا حد عليه، وعليها العدة. وإن جاءت بولد لحق به، وهي محرمة على الكفء في زمان عدتها من غير الكفء.

والقسم الثالث: أن يكون الزوجان معاً كفؤين، فلا يخلو حال نكاحها من خمسة أقسام:

أحدها: أن يسبق أحدهما الآخر، ويعلم أيهما هو السابق.

= والبيهقي: ٧/ ١١٩ والدارمي: ٢/ ١٣٩ وأحمد: ٥/ ٨ و١١ و١٢ والحاكم: ٢/ ١٧٥ على شرط البخاري ووافقه الذهبي.

وأخرجه الشافعي في الأم باب في إنكاح الوليين ٥/ ١٧٩ من طريق إسماعيل بن عليه، عن سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة، عن الحسن، عن رجل من أصحاب النبيّ ﷺ وقال الشافعي: وبهذا نقول. وهذا قول عوام الفقهاء لا أعرف بينهم فيه خلافاً، ولا أدري أسمع الحسن منه أم لا؟. وأخرجه سعيد بن منصور (٥٣٩) و(٥٤٠) والبيهقي: ٧/ ١٤٠ وعبد الرزاق (١٠٦٣٠). وأخرج عبد الرزاق (١٠٦٢٨) عن الحسن، عن عقبة بن عامر، والبيهقي: ٧/ ١٤٠.

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٥. وتتمة الفصل: «فإنْ لم تثبت الشهود أيهما أوّل فالنكاح مفسوخ، ولا شيء لها. وإنْ دخل بها أحدهما على هذا، كان لها مهر مثلها، وهما يقران أنها لا تعلم مثل أن تكون غائبة عن النكاح. ولو ادّعيا عليها أنها تعلم أحلفت ما تعلم، وإنْ أقرت لأحدهما، لزمها».

والثاني: أن يقع النكاحان معاً ولا يسبق أحدهما الآخر.

والرابع: أن يسبق أحدهما الآخر، ويشك أيهما هو السابق.

والخامس: أن يسبق أحدهما الآخر ويدعي كل واحد من الزوجين أنه هو السابق.

فصل: فأما القسم الأول وهو أن يسبق أحدهما الآخر ويعلم أيّهما هو السابق، فالنكاح لأسبق الزوجين عقداً، ونكاح الثاني المسبوق باطل سواء دخل هذا الثاني بها أو لم يدخل، وبه قال من الصحابة: علي بن أبي طالب، ومن التابعين: شريح، والحسن البصري، ومن الفقهاء: أبو حنيفة، والأوزاعي، وأحمد، وإسحاق.

وقال مالك: النكاح للأول، إلا أن يدخل بها الثاني، وهو لا يعلم بنكاح الأول، فيكون النكاح للثاني دون الأول، وبه قال من الصحابة: عمر بن الخطاب، ومن التابعين: عطاء، ومن الفقهاء: الزهري. استدلالاً بما روي أن موسى بن طلحة بن عبيد الله، زوَّجَ أخته يزيد بن معاوية بالشام وزوَّجها أخوها يعقوب بن طلحة بالحسن بن علي بالمدينة، فدخل بها الحسن وهو الثاني من الزوجين ولم يعلم بما تقدم من نكاح يزيد، فقضى معاوية بنكاحها للحسن بعد أن أجمع معه فقهاء المدينة[1]، فصار من سواهم محجوجاً بإجماعهم، ولأنه قد تساوى العقدان في أن تفرد بكل واحد منهما ولي مأذون له، ويرجح الثاني بما تعلق عليه من أحكام النكاح بالدخول من وجوب المهر والعدة ولحوق النسب، فصار أولى وأثبت من الأول. ولأن المتنازعين في الملك إذا انفرد أحدهما بتصرف ويدٍ، كان أولى، كذلك الزوجان.

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ إلى قوله: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ﴾[2] يعني: ذوات الأزواج، فنص على تحريمها كالأم، فلم يجز أن تحل بالدخول، كما لا يحل غيرها من المحرمات.

وروى قتادة عن الحسن، عن سَمُرة، أن النبي ﷺ قال: «**أيّما امرأة زوّجها وليّانِ فهي للأول منهما**»[3]، ذكره أبو داود[1] في سننه.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٠٦٣٦).

(٢) سورة النساء، الآيتان: ٢٣ ـ ٢٤.

(٣) سبق تخريجه

(٤) أبو داود (٢٠٨٨) وعند الترمذي والنسائي، والحاكم. . .

وروى الشافعي بإسناد رفعه إلى عُقبة بن عامر أن النبي ﷺ قال: «إذا نكحَ الوليّان فالأوّلُ أحقّ»[١]. وروى أبو موسى الأشعري: أن امرأة ذات وليّين، زوّجها أحدُهما بعبيد الله بن الحرة الجعفي، وزوجها الآخر بعبيد الله بن الحسن الحنفي وهو الثاني، وتقاضيا إلى عليّ بن أبي طالب، فقضى بالنكاح للأول منهما وهو عبد الله، وأبطل نكاح عبيد الله مع دخوله[٢].

وقال رسول الله ﷺ: «إذا نكحَ الوليّانِ فالأوّلُ أحقّ»[٣] ويدل عليه من طريق الاعتبار، أن كل نكاح لا يصح إذا عرى عن الوطء لم يبطل إذا اتصل بالوطء كالنكاح في العدة، ولاجماعنا أن رجلاً لو وكل وكيلين في أن يزوّجه كل واحد منهما امرأة فزوجاه بأختين، ووكل كل واحد منهما أن يزوجه بأربع نسوة فزوجه كل واحد منهما أربعاً، أن نكاح الأول منهما أصح من نكاح الثاني وإن اقترن به دخول، فكذلك وليا المرأة يجب أن يكون نكاح الأول منهما أصح وإن اقترن بالثاني دخول.

وتحريره: أن بطلان نكاح الثاني إذا لم يقترن به دخول لا يوجب تصحيحه، فإذا اقترن به دخول لا يوجب تصحيحه، كوكيلي الزوج في اختين أو في أربع بعد أربع.

ولأن الدخول في النكاح جارٍ مجرى القبض في البيع، ثم ثبت أن وكيلين في بيع عبد لو باعه كل واحد منهما وأقبضه الثاني، أن البيع للأول وإن قبض الثاني، كذلك الوليان في النكاح.

فأما الجواب عن استدلالهم بنكاح الحسن ويزيد: فهو أنه يجوز أن يكون معاوية استنزل يزيد عن نكاحها، واستأنف عقد الحسن عليها.

وأما استدلالهم بأن الثاني قد ترجح بما تعلق عليه من أحكام النكاح، لأن المتعلق عليه أحكام الوطء بشبهة، ولم يتعلق عليه أحكام النكاح، ثم هو باطل بالزوج إذا زوجه وكيلاه بأختين، فإن النكاح للأولى وإن دخل بالثانية.

وأما استدلالهم بأن للمتنازعين تقدم صاحب اليد والتصرف منهما على صاحبه،

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٠٦٢٦) والبيهقي: ٧/ ١٤١.

(٣) سبق تخريجه.

فليس لليد في النكاح تأثير، وكذلك في الأملاك إذا كانت معروفة الأسباب، ثم هو فاسد بنكاح الأختين.

فصل: وأما القسم الثاني وهو أن يقع النكاحان معاً ولا يسبق أحدهما الآخر، فالنكاحان باطلان، لأنه لا يجوز أن تكون المرأة ذات زوجين، وإن جاز أن يكون الرجل ذا زوجين. لأن اشتراك الزوجين في نكاح امرأة يفضي إلى اختلاط المياه وفساد الأنساب، وليس هذا المعنى موجوداً في الزوج إذا جمع بين اثنتين. وإذا لم يصح اجتماع النكاحين ولم يكن تصحيح أحدهما بأولى من فساده. وجب أن يكونا باطلين، وإذا بطل النكاح بما ذكرنا، لـم يخل حال الزوجين من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن لا يكون قد دخل بها واحد منهما، فهي خلية ولا مهر لها على واحد منهما لفساد عقده وعدم إصابته، ولأيهما شاء أن يستأنف العقد عليها.

والحال الثانية: أن يكون قد دخل بها أحدهما دون الآخر، فمذهب مالك: أن النكاح يصح للداخل بها، وما مضى من الدليل عليه في تلك المسألة كاف في هذه، ويكون نكاح الداخل بها باطلاً كغير الداخل، لأن الداخل بها عليه مهر مثلها بالإصابة، وعليها منه العدة، وله أن يستأنف نكاحها في زمان عدتها منه، وليس على غير الداخل بها مهر، ولا له العقد عليها إلا بعد انقضاء العدة.

والحال الثالثة: أن يدخل بها الزوجان معاً، فعلى كل واحد منهما مهر المثل بالإصابة، وعليها لكل واحد منهما العدة. تبدأ بعدة أسبقهما إصابة، وليس له استئناف نكاحها إلا بعد انقضاء العدتين، لأنه يتعقب عدتها منه عدة من غيره، فحرمت عليه في العدتين معاً. فأما الثاني منهما إصابة فليس له أن يتزوجها في عدة الأول، وله أن يتزوجها في عدة نفسه.

فصل: وأما القسم الثالث، وهو أن يشك: هل وقع النكاحان معاً؟ أو سبق أحدهما الآخر؟ فالنكاحان باطلان، لأن العقد إذا تردد بين حالتي صحة وفساد حمل على الفساد دون الصحة، اعتباراً بالأصل أن لا عقد حتى يعلم يقين صحته وإذا كان كذلك، فالحكم فيهما كما لو وقعا معاً، فيكون على ما مضى من وجود الدخول وعدمه.

فصل: وأما القسم الرابع، وهو أن يسبق أحدهما الآخر ويشك أيهما هو السابق، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يطرأ بعد تقدم اليقين، فيكون النكاحان موقوفين على ما يرجى من زوال الشك بعود اليقين، لأن طروء الشك بعد تقدم اليقين يجوز أن يتعقبه يقين، فعلى هذا تكون ذات زوج قد جهل عينه، فتمنع من الأزواج، وليس لواحد منهما إصابتها إلا بعد اليقين بأنه الأسبق نكاحاً.

والضرب الثاني: أن يكون الشك مقارناً للعقد لا يتقدمه يقين، فلا يكون النكاح موقوفاً، لأنه ليس يتوقع زوال الشك بعود يقين. وإذا امتنع وقف النكاحين كانا باطلين، وهل يفتقر بطلانهما إلى فسخ الحاكم أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يفتقر إلى فسخ الحاكم، ويكون الجهل المتقدم فسخاً، لأن الجهل بتعين الأسبق هو المانع من تعيين الأصح، فاقتضى أن يقع به الفسخ.

والوجه الثاني: أن لا يقع الفسخ إلا بحكم الحاكم، لأننا نعلم أن أحدهما زوج، وإن لم يعلم أيهما الزوج فلم ينفسخ نكاحه إلا بحكم الحاكم الذي له مدخل في فسخ المناكح.

فإن قيل بوقوع الفسخ بالجهل دون الحكم على الوجه الأول، كان فسخاً في الظاهر والباطن، كما يمنع التوارث بين الغرقى في الظاهر والباطن عند إشكال التقدم وإن قيل بوقوع الفسخ بحكم الحاكم على الوجه الثاني، فهل يقع في الظاهر والباطن أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنه فسخ في الظاهر والزوجية بينهما وبين الأول منهما باقية في الباطن، لأن حكم الحاكم لا يحيل الأمور عما هي عليه.

والوجه الثاني: وهو أصح، أن الفسخ يقع ظاهراً وباطناً، لأن المرأة لما لم يحصل لها العوض عاد إليها المعوض كالبائع. وإذا أفلس المشتري بثمن سلعته، عادت إليه بفسخ الحاكم ملكاً في الظاهر والباطن.

فصل: وأما القسم الخامس، وهو أن يسبق أحدهما الآخر ويدعي كل واحد من الزوجين أنه هو السابق، فإن كان لأحدهما بينة عمل عليها وحكم بها، فإن كان الولي العاقد أحد الشاهدين لم تقبل لأنه شهد على فعل نفسه، ولو كان ولي العقد الآخر شاهداً في هذا العقد قبل، وإن لم يكن لكل واحد من الزوجين بينة فلا يخلو حالهما من أحد أمرين:

أما أن يدعيا علمها بأسبقهما عقداً.

أو لا يدعياه.

فإن لم يدعيان لغيبتها عن العقد وجهلها بالأسبق، تحالف الزوجان دون الوليين لأنهما المتداعيان، ولا يراعى تصديق الوليين.

فإن حلف الزوجان، انفسخ النكاحان. وهل يفسخ بنفس التحالف، أو يفسخ الحاكم بينهما؟.

على وجهين مضيا في البيوع.

وإن نكل الزوجان عن اليمين، فسخ الحاكم نكاحيهما، ولم ينفسخ إلا بحكمه وجهاً واحداً، لأن نكول الناكل لا يمنع أن يكون محقاً في دعواه، فلم يقع بنكوله فسخ حتى يحكم به الحاكم.

فإن حلف أحدهما ونكل الآخر، قضى بالنكاح للحالف منهما دون الناكل، فإن دخل بها الناكل نظر حال دخوله: فإن كان بعد نكوله وتميز صاحبه فهو زان يحد، ولا يلحق به الولد، ولا يجب عليها العدة. فأما المرأة فإن علمت بحال الناكل عند تمكينه من نفسها فهي زانية تحد ولا مهر لها، وإن لم تعلم فلا حد عليها، ولها مهر مثلها.

وإن كان الناكل قد دخل بها قبل نكوله وتميز صاحبه فلا حد عليه ولا عليها لبقاء شبهته في النكاح، وعليه مهر مثلها، وعليها العدة.

وإن جاءت بولد لحق به، وهي محرمة على الحالف حتى تنقضي عدة الناكل، ولا نفقة لها في زمان العدة على واحد منهما. أما الحالف فلأنها محرمة عليه، وإن كان زوجته لاعتدادها من غيره. وأما الناكل، فلأنها ليست زوجته، وإن كانت معدة منه، إلا أن تكون حاملاً فهل يلزمه نفقتها أم لا؟ على قولين.

فصل: فإن ادعيا علمها في الابتداء وإنها تعرف أسبقهما نكاحاً، فلها حالتان: حالة تعرف بالعلم، وحالة لا تعرف به.

فإن لم تعرف وقالت: لست أعرف أيهما أسبق بالعقد، فالقول قولها مع يمينها، وإنما لزمها اليمين، لأنها لو أقرت بعد الإنكار كان قولها في نكاح من قدمته مقبولاً. فإن حلفت أنها لا تعلم أيهما أسبق بالعقد، فالنكاحان باطلان. وهل يبطل بمجرد يمينها، أو يفسخ الحاكم؟ على وجهين.

إن قيل: قد بطل يمينها نكاح الزوجين وهي معترفة أن أحدهما زوج، وإن لم يتعين لها، قيل: لأن يمينها تسقط عنها تمكين نفسها من كل واحد منهما. وإذا منعها الشرع من كل واحد منهما، بطل نكاحاهما. وإن نكلت عن اليمين، ردت اليمين على الزوجين. فإن حلفا بطل، تنكاحاهما، وإن نكلا فسخ نكاحاهما. وإن حلف أحدهما ونكل الآخر، قضى بنكاحها للحالف منهما دون الناكل. وإن اعترفت وقالت: أعلم أن السابق بالعقد منهما هو زيد دون عمرو، فالقول قولها، وهي زوجة للمصدق. ولأنها مالكة بضعها فقبل قولها في تصديق من ملكه عنها، كما يقبل قولها في سائر أملاكها، وهل عليها اليمين أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا يمين عليها لأمرين:

أحدهما: إنها لو رجعت عنه لم تقبل.

والثاني: أنه بينة كالشاهدين وهذا قوله في الأم[1].

والقول الثاني: أن اليمين عليها واجبة لأمرين:

أحدهما: أن المكذب مدع، فلم يدفع مجرد الإنكار إلا مع يمين.

والثاني: أنه قد يتعلق برجوعها أن لو صدقته غرم، فلزمت اليمين. وهذا قوله في الإملاء.

ومثل هذين القولين في الراهن إذا صدق أحد المرتهنين، هل يحلف للمكذب أم لا؟ على قولين. وفيه أن يكون اختلاف قوليه في يمين الزوجة مبنياً على اختلاف قوليه في تصديقها للمكذب، هل يوجب عليها مهر المثل أم لا؟.

فإن قيل: يوجب التصديق عليها مهر المثل، حلفت على التكذيب وإن قيل: لا يجب، لم تحلف.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين وبناؤهما، فإن قيل: إنه لا يمين عليها، أو عليها اليمين، فحلفت، ثبت النكاح للمصدق، وكان نكاح المكذب مردوداً، وإن قيل: عليها اليمين فنكلت، فلا يخلو حالها في النكول من أحد أمرين: إما أن يكون لاعتراف بالثاني، أو لغير اعتراف به.

---

(١) راجع قول الشافعي في الأم ـ باب نكاح الوليين، والوكالة في النكاح: ٥/١٦ ـ ١٧.

فإن كان نكولها اعترافاً للثاني بتقدم نكاحه، لم يرد اليمين على أحد وقد صارت مقرة للأول ثم عدلت عنه إلى إقرارها للثاني، فثبت نكاحها للأول بإقرارها، ولم يقبل رجوعها عنه إلى الثاني، وجرى مجرى قولها في الابتداء سبق هذا. بل هذا فتكون زوجة للأول دون الثاني، كمن بيده دار فقال: هي لزيد بل لعمرو، كانت لزيد لمقر له أولاً دون عمرو. وإن كانت بما سبق من الإقرار زوجة للأول دون الثاني، فهل يلزمها أن تغرم للثاني مهر مثلها أم لا؟ على قولين، كمن قال: هذه الدار لزيد لا بل لعمرو، كانت لزيد. وهل يغرم قيمتها لعمرو، أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا يلزمها غرم المهر، لاعترافها بما لزمها.

والقول الثاني: يلزمها غرم مهر مثلها للثاني، لأنها قد فوتت نفسها عليه بإقرارها للأول. فعلى هذا لو مات الأول صارت بعد موته زوجة للثاني بإقرارها المتقدم، كمن أقر بدار لزيد ثم أقر بها لعمرو كانت لزيد المقر له أولاً. فلو عادت الدار إلى المقر بابتياعها، أو هبة أو ميراث صارت لعمرو بالإقرار المتقدم، فكذلك هذه في مصيرها زوجة للثاني، وعليها أن تعتد من الأول وإن كان لم يصبها بأربعة أشهر وعشر.

وإن كان قد أصابها بأكثر الأجلين من أربعة أشهر وعشر عند الوفاة، أو ثلاثة أقراء عند الوطء وهي محرمة على الثاني في زمان عدتها من الأول، وإن كانت زوجته.

وإن كان نكولها لغير اعتراف، بل كانت على تكذيب الثاني وتصديق الأول، رد اليمين بعد نكولها على المكذب. فإن نكل المكذب عنها، استقر نكاح الأول. وإن حلف، فقد قابل تصديق الأول بيمين المكذب، فيكون كيمين المدعي بعد نكول المدعى عليه.

وقد اختلف قول الشافعي في يمين المدعي بعد نكول المدعى عليه، هل تقوم مقام البينة، أو مقام الإقرار؟ على قولين:

أحدهما: أنها تقوم مقام البينة فعلى هذا، هل تكون زوجة للثاني ويزول عنها نكاح الأول، كما لو أقام الثاني بينة بعد تصديقها للأول؟ وهذا محكي عن أبي علي بن خيران، مع بعده.

والقول الثاني: أنها تقوم مقام الإقرار. فعلى هذا، قد كان مع الأول إقرار منها، وقد صار مع الثاني إقرار قد لزم عنها، فصار إقرارين.

وقد اختلف أصحابنا فيهما، هل يكون حكمهما حكم إقرارين وقعا معاً ويترتب أحدهما على الآخر؟ على وجهين:

أحدهما: إنهما في حكم إقرارين وقعا معاً، لأن يمين الثاني أوجبها نكولها عن اليمين المستحقة بالإقرار الأول، فلم يتقدم حكم أحد الإقرارين على الآخر، وهذا قول أبي إسحاق المروزي، فعلى هذا يبطل النكاحان معاً، كما لو أقرت لهما في حالة واحدة.

والوجه الثاني: أنهما في حكم إقرارين مترتبين، وقع أحدهما بعد الآخر، لأن يمين الثاني جعلته في حكم المقر له وهي متأخرة، فصار الإقرار له متأخراً عن الإقرار الأول، وهذا قول جمهور أصحابنا.

فعلى هذا تكون زوجة للأول دون الثاني، كما لو أقرت للثاني بعد الأول. وهل يرجع الثاني عليها بمهر مثلها، أم لا؟ على ما مضى من القولين. فإن طلب الثاني في هذه الحال إحلاف الأول، ففيه وجهان:

أحدهما: ليس له إحلافه، لأن المدّعى عليه غيره، ولو مات لم تصر زوجة للثاني، لأنها مُنْكِرة، وإن نزلت في بعض أحوالها منزلة المقرة.

والوجه الثاني: له إحلافه. ولو نزل عنها لحكم بها زوجة للثاني لإجرائنا عليها أحكام المقرة من غير تبعيض، فهذا حكم المسألة وما انتهت إليه أقسامها وأحكامها.

فصل: ويتفرع على هذه المسألة أن يوكل الرجل وكيلين في أن يزوجاه بامرأتين في عقدين، لزمه العقدان، وصح نكاحهما له، بخلاف المرأة إذا زوجها وليان، لأن الرجل يجوز أن يكون ذا زوجتين، ولا يجوز أن تكون المرأة ذات زوجين.

فلو قال أحد الوكيلين: زوجتك من زينب، وزوجك صاحبي من هند. وقال الآخر: بل زوجتك بزينب، وزوجك صاحبي من هند، فلا تأثير لهذا الاختلاف، والنكاحان على الصحة. فلو زوجه الوكيلان بامرأة واحدة في عقدين صح نكاحه عليها، والأول منهما له الحكم والمهر دون الثاني.

فإن وقع العقدان في حال واحدة من وليين، صح النكاح أيضاً، فإن اختلف المهران، لم يحكم بواحدة منهما، وكان لها مهر المثل. فلو ادعت الزوجة تقدم أكثر العقدين مهراً، وادعى الزوج تقدم أقلهما مهراً، ولا بينة لواحد منهما، تحالفا، وحكم لها بمهر المثل، ولا

تقبل شهادة الوكيلين. فلو عقد الوكيل على امرأة غير الموكل عليها، أو لم يعين ثم اختلفا، فقال الوكيل: قبلت العقد عليها لنفسي، وقال الموكل: بل قبلته لي، فالقول قول الوكيل لأن له أن يفعل ذلك.

فصل: وإذا قال رجل لامرأة: أنت زوجتي فصدقته، ثبت حكم نكاحها بالتصادق عليه. وقال مالك: لا يثبت نكاحهما بالتصادق حتى يرى داخلاً عليها وخارجاً من عندها، إلا أن يكونا في سفر، وحكي هذا عن الشافعي فى القديم، ومذهبه الجديد أصح، لأنه ليس ظهور الدخول والخروج شرطاً في صحة العقد، فلم يكن شرطاً في صحة الاعتراف. وإذا صح النكاح بهذا التصادق عليه، فأيهما مات ورثه صاحبه. ولكن لو قال الرجل: هذه زوجتي ولم يكن منها، تصديق ولا تكذيب، فإن مات ورثته، وإن مات لم يرثها، نص عليه الشافعي في الأم، لأنه اعتراف لها بما لم تعرف له بمثله، فورثته ولم يرثها.

وعلى هذا لو قالت المرأة: هذا زوجي ولم يكن منه تصديق ولا تكذيب، ورثها إن ماتت، ولم ترثه إن مات للمعنى الذي ذكرناه، نص عليه في الإملاء، وقال فيه: «ولو تزوج رجل امرأة من وليها ثم مات عنها فقال وارثه: زوجك وليك بغير إذنك فنكاحك باطل ولا ميراث لك»، وقالت: بل زوجني بإذني فلي الميراث، فالقول قولها مع يمينها، لأن إذنها لا يعلم إلا منها. والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو زوَّجها الوليُّ من نفسِهِ لم يجزْ كما لا يجوزُ أن يشتريَ من نَفْسِهِ)[1].

قال الماوردي: إذا كان للمرأة ولي يحل له نكاحها كابن عم، أو مولى معتق، لم يجز أن يتزوجها بنفسه وولايته حتى يزوجه الحاكم بها. وقال مالك، وأبو حنيفة: يجوز أن يزوجها من نفسه بعد إذنها له. وقال أحمد بن حنبل: يأذن لأجنبي حتى يزوجه بها.

واستدل من أجازه بقول الله تعالى: ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ﴾[2].

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٥. وفيه: «ولو زوّجها الوليّ بأمرها من نفسه. . .».

(٢) سورة النساء، الآية: ١٢٦.

قالت عائشة: نزلت هذه الآية في شأن يتيمة في حجر وليها رغِبَ في مالها وجمالها، ولم يَقْسط لها صداقها فنهوا أن ينكحوهن أو يقسطوا لهن في صداقهن[١]. فدل على أن للولي أن يتزوجها إذا أقسط في صداقها، وبقوله ﷺ: «لا نِكَاحَ إلا بوليٍّ»[٢] وهذا نكاح قد عقده ولي. ولأن النبي ﷺ أعتق صفية وتزوجها[٣]، ولم يكن لها سواه، ولأنه نكاح بولي فجاز ثبوته كما لو تزوجها، ولأن الولي إنما يراد لئلا تضع المرأة نفسها في غير كفء، ووليها كفؤها.

ودليلنا: ما رواه هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة أن النبي ﷺ قال: «كلُّ نكاحٍ لم يحضُرهُ أربعةٌ فهو سِفاحٌ سفاح: خاطِبٌ، وولي، وشاهدا عدل»[٤] فاعتبر في صحته حضور أربعة، وجعل الخاطب منهم غير الولي، فلم يجز أن يصح بثلاثة يكون الولي منهم خاطباً، كما لم يجز أن يكون الشاهد منهم خاطباً.

وروى سعيد بن المسيب عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يتزوَّجُ الرَّجُلُ المرأةَ حتى يكونَ الوليُّ غيره ولا يشترِي الوالي شيئاً من الغنيمَة ولا الوصيُّ شيئاً من الميراثِ»[٥] وهذا نص ومرسلُ سعيد عند الشافعي حجة.

ولأنه عقد لا يملك فيه البذل إلا بإذن، فلم يملك فيه القبول كالوكيل في البيع، لما ملك فيه البذل بإذن موكله، لم يملك فيه القبول في شرائه لنفسه، وهي دلالة الشافعي. ولا يدخل على هذا القياس ابتياع الأب مال ابنه الصغير بنفسه حيث صار فيه مالكاً للبذل والقبول، لأن الأب يملك البذل بنفسه، لا بإذن غيره، فجاز أن يملك فيه القبول. وخالف الولي في النكاح، كما خالف الوكيل في البيع. ولأنه ذكر اعتبر في عقد النكاح احتياطاً، فلم يجز أن يكون زوجاً كالشاهد. ولأن الولي مندوب لطلب الحظ لها في التماس من هو أكفأ وأغنى، فإذا صار زوجاً انصرف نظره إلى حظ نفسه دونها، فعدم في عقده معنى الولاية فصار ممنوعاً منه.

---

(١) حديث عائشة: أخرجه البخاري في النكاح (٥٠٦٤) و(٥١٤٠) والوصايا (٢٧٦٣) والتفسير (٤٥٧٤)، ومسلم في التفسير (٣٠١٨) (٦) وأبو داود (٢٠٦٨) والنسائي: ٦/ ١١٥ ـ ١١٦ والبيهقي: ٧/ ١٤٢. وأخرجه البخاري مختصراً (٤٥٧٣) و(٤٦٠٠) و(٥٠٩٨) و(٥١٢٨) و(٥١٣١).

(٢) و(٣) و(٤) سبق تخريجهم.

(٥) لم أقف عليه في المراجع المتوفرة لديّ. ومرسل سعيد بن المسيب حسن عند الشافعي كما قال ابن الأثير.

فأما الجواب عن الآية فهو: أن ما اقتضته من جواز تزويج الولي بها لا يمنع منه إذا تزوجها من غيره، وليس في الآية دليل على ما اختلفنا فيه من جواز أن يتزوجها بنفسه.

وأما الجواب عن قوله عليه السلام: لا نكاحَ إلا بوليٍّ[1] فهو أن هذا في حال تزوجه بها قد خرج أن يكون ولياً لها، كما ذكرنا من انصرافه عما وضع له الولي من طلب الحظ لها إلى طلب الحظ لنفسه.

فأما الجواب عن حديث صفية، فهو أن النبيّ ﷺ مخصوص بجواز النكاح بغير ولي عند كثير من أصحابنا، فلم يجز أن يعتبر به حال غيره. فأما على قول من اعتبر الولي في نكاحه فنقول: لم يكن لصفية ولي غيره، فصار في عقدة عليها كالإمام إذا لم يجد لوليته ولياً سواه يتزوجها منه، فيكون على ما سنذكره.

وأما الجواب عن قياسهم أنه نكاح بولي، فلا نسلم أنه يكون ولياً لها إذا تزوجها، كما ذكرنا من زوال معنى الولاية عنه، ثم المعنى في الأصل أن الباذل غير القابل.

وأما الجواب عن استدلالهم بأنه كفؤ لمناسبته، فلم يحتج إلى ولي يلتمس الكفاءة، فهو أن الكفاءة ليست معتبرة بالنسب وحده، وقد يجوز أن لا يكافئها فيما سوى النسب من مال وعفاف والله أعلم.

فصل: فإذا ثبت أنه ليس للولي أن يتزوجها بنفسه، نظر: فإن كان في درجته من أوليائها أحد، جاز له أن يتزوجها منه. وإن لم يكن لها إلا من هو أبعد منه، لم تنتقل الولاية إلى البعيد، وزوجه الحاكم بها. وقال قتادة، وعبيد الله بن الحسن: تنتقل الولاية إلى من هو أبعد منه، فيتزوجها منه.

وهذا خطأ، لأن ولايته لم تبطل بهذا القصد، فلم تنتقل عنه إلى الأبعد، وصار بخطبتها كالعاضل، فيزوجها الحاكم. فلو كان هذا الولي هو الحاكم، لم يجز له أن يزوجها بنفسه بولاية الحكم، كما لم يجز أن يتزوجها بولاية النسب. وعدل إلى الإمام أو إلى غيره من الحكام حتى يزوجه بها، فلو كان هذا الولي هو الإمام الأعظم ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: يجوز أن يتزوجها بنفسه لعموم ولايته، فإن الحكام كلهم من قبله كما تزوج النبيّ ﷺ صفية بنفسه[2] لهذا المعنى.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) سبق تخريج رواية زواجه ﷺ من صفية.

والوجه الثاني: أن يتزوجها من حكام الوقت، لأن ولايتهم وإن كانت منه فهم بخلاف وكلائه، لأنه ثابت عن كافة المسلمين في تقليد الحكام، وثابت عن نفسه في تقليد الوكلاء. ألا تراه لو مات بطلت ولاية وكلائه، ولم تبطل ولاية حكامه، ولذلك تحاكم عمر وأبي بن كعب إلى زيد بن ثابت. وحاكم عليٌّ يهودياً إلى شريح[١].

فصل: ولو أراد الولي أن يزوج وليته بابنه كولي هو عم، فأراد أن يزوج بنت أخيه بابنه، فإن كانت صغيرة لم يجز، لأن الصغيرة لا يزوجها غير أبيها أو جدها، وإن كانت كبيرة وابنه صغير، لم يجز أن يزوجه بها، لأنه يصير باذلاً للنكاح عنها، وقابلاً له عن ابنه، فاجتمع البذل والقبول من جهته، فلم يصح. كما لم يصح أن يزوجها لنفسه لحصول البذل والقبول فيه من جهته. وإن كان ابنه كبيراً ففي جواز تزويجه بها وجهان:

أحدهما: يجوز، لأنه وإن كان باذلاً فالقابل غيره وهو الابن، فلم يجتمع البذل والقبول من جهة واحدة.

والوجه الثاني: لا يجوز أن يزوجها، لأنه يميل بالطبع إلى طلب الحظ لابنه دونها، كما لم يجز أن يزوجها لنفسه لهذا المعنى.

فأما الجد إذا أراد أن يزوج بنت ابنه بابن ابن له آخر، فإن كانا كبيرين جاز لاعتدال السببين في ميله إليهما وطلب الحظ لهما، وإن كانا صغيرين فعلى وجهين مضيا:

أحدهما: يجوز لهذا المعنى.

والثاني: لا يجوز البذل والقبول من جهته.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ويزوِّجُ الأبُ أو الجدُّ البنت التي يؤسّ من عَقْلِها، لأن لها فيه عفافاً وغنىً وربما كان شفاءً، وسواء كانت بكراً أو ثيباً)[٢].

قال الماوردي: وهذه المسألة قد مضت فيها قدمناه من التقسيم. فإذا كانت مجنونة لم يخل حالها من أحد أمرين: إما أن تكون بكراً، أو ثيباً.

فإن كانت بكراً، زوجها أبوها أو جدها صغيرة كانت أو كبيرة، لأن للأب إجبار البكر

---

(١) أخرج القصة، الإمام السيوطي في تاريخ الخلفاء مطولاً (١٨٥ ـ ١٨٦). وتدور عن عليّ لمّا توجّه إلى صفين وافتقد درعه، ولما عاد وجده عند يهودي، واحتكما إلى شريح...

(٢) مختصر المزني، ص: ١٦٥.

في حال العقد، فكان أولى أن يجبرها في حال الجنون. فإن لم يكن لها أب ولا جد، نظر: فإن كانت صغيرة لم يكن لأحد من أوليائها ولا للحاكم أن يزوجها حتى تبلغ، فإذا بلغت زوجها الحاكم دون عصبتها المناسبين لاختصاصه بفضل النظر في الولاية على مالها. وإن كانت ثيباً، نظر: فإن كانت كبيرة زوجها أبوها أو جدها، فإن لم يكن لها أب أو جد زوجها الحاكم دون سائر العصبات. وإن كانت صغيرة ثيباً، فليس لغير الأب والجد تزويجها حتى تبلغ، وهل للأب والجد تزويجها قبل البلوغ أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجوز حتى تبلغ، لأنه لا حاجة بها إلى الزواج قبل البلوغ، وهذا قول أبي علي بن أبي هريرة.

والوجه الثاني: أنه يجوز له تزويجها قبل البلوغ، بخلاف العاقلة التي يرجى صحة إذنها بالبلوغ، ولا يرجى صحة إذن المجنونة بعد البلوغ فافترقا.

فأما قوله: **«فإن لها فيه عفافاً وغنى وربما كان شفاء»**[1] فهذا تعليل لجواز تزويج البالغ المجنونة.

فأما العفاف فيريد به من الزنى، وأما الغنى فيعني باكتساب المهر والنفقة، وأما الشفاء فربما كان جنونها من حدة الماخوليا، وشدة الشبق، فتبرأ إن جومعت. والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ويزوِّجُ المغلوبَ على عقلِهِ أبوه إذا كانتْ به إلى ذلك حاجةٌ، ويزوِّجُ ابنهُ الصَّغيرَ فإنْ كان مجنوناً أو مخبولاً، كان النِّكاحُ مردوداً لأنه لا حاجةَ به إليه)[2].

قال الماوردي: وهذا كما قال لا يخلو حال الابن إذا أراد الأب أن يزوجه من أحد حالين: إما أن يكون عاقلاً، أو مجنوناً.

فإن كان عاقلاً لم يخل حاله من أن يكون: بالغاً، أو صغيراً فإن كان بالغاً فلا ولاية عليه للأب في نكاحه، فإن زوجه بغير إذنه كان النكاح باطلاً حتى يكون هو المتولي للعقد أو الإذن فيه وإن كان صغيراً، جاز للأب تزويجه في صغره فإن ابن عمر زوّج ابناً له وهو صغير، ولأنه محتاج إليه في الأغلب إذا بلغ، فعجل الأب له ذلك ليألف صيانة الفرج، وربما رغب الناس فيه لكفالة الأب فإن زوجه واحدة لزمه نكاحها، وليس له بعد البلوغ

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٥.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٦٥.

خيار. فإن أراد الفراق فبالطلاق، وإن أراد الأب تزويجه بأكثر من واحدة ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز لأن له في الواحدة غنى.

والوجه الثاني: وقد حكي عن الشافعي نصاً: أنه يجوز أن يزوجه تمام أربع، لأن معنى الواحدة موجود فيهن.

وإن كان الابن مجنوناً فله حالتان: صغير، وكبير.

فإن كان صغيراً لم يكن للأب تزويجه لعدم حاجته باجتماع جنونه مع صغره. وإن كان للأب تزويج بنته الصغيرة المجنونة.

والفرق بينهما: أن البنت قد تكتسب بالتزويج المهر والنفقة، والابن يلتزمهما، وإن كان الابن بالغاً، فإن لم يكن به إلى التزويج حاجة لم يزوجه، وإن كان محتاجاً وحاجته تكون من أحد وجهين: أما أن يرى متوثباً على النساء لكثرة شهوته وقوة شبقه.

وأما أن يحتاج إلى خادم، وخدمة الزوجة أرفق به لفضل حنوها وكثرة شفقتها، فيجوز له حينئذ تزويجه بواحدة لا يزيد عليها، لأن له فيها غنى. فإن أفاق من جنونه، كان النكاح على لزومه.

فأماالمغمى عليه، فلا يجوز للأب تزويجه، لأن الإغماء مرض يرجى سرعة زواله، بخلاف الجنون. فأما الذي يجن في زمان ويفيق في زمان، فليس للأب تزويجه لا سيما إن كان زمان إفاقته أكثر، لأنه قد يقدر على العقد في زمان الإفاقة.

مسالة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وليس لأبِ المغلوب على عقلِهِ أن يخالعَ عنه)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا زوج الأب ابنه المجنون، أو تزوج الابن وهو عاقل ثم جن، فليس للأب أن يخالع عنه، لأن الخلع لا يتم إلا بالطلاق، والطلاق لا يقع إلا من الأزواج.

روى ابن عباس أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: يا رسول اللّه إني زوّجتُ عبدي أريدُ أن أطلّقَها منه فقال: ليس لكَ طلاقُها، إنما الطّلاقُ لمن أخذَ بالسّاق[2].

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٥.

(٢) حديث ابن عباس: أخرجه ابن ماجة في الطلاق (٢٠٨١) أتى النبي ﷺ رجل فقال: يا رسول الله! إنّ سيّدي

ولأن الطلاق إزالة ملك يقف على شهوات النفوس، لا يراعى فيه الأصلح والأولى، لأنه قد يطلق العفيفة الجميلة ويمسك الفاجرة القبيحة، فلم يجز أن يراعى فيه شهوة غير المالك. ولأن تصرف الولي في حق غيره يعتبر فيه المصلحة دون الشهوة، فلذلك لم يكن للولي أن يطلق على المولى عليه، وجاز أن يبيع ماله عليه اعتباراً بالمصلحة فيه فافترقا.

فإن لم يكن للأب أن يطلق على ابنه الصغير أو المجنون، فكذلك العبد لا يجوز أن يخالع عنه، لأنه معاوضة على طلاق لا يصح منه والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولا يضربُ لامرأتهِ أَجَلُ العنين، لأنها إنْ كانت ثيباً فالقولُ قولهُ، أو بكراً لم يعقلْ أن يدفعَهَا عن نفسه بالقول إنها تمنعُ منه)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا ادعت امرأة المجنون عليه العنة، لم يسمع دعواها لأنه لا حكم لقوله ولا على وليه، لأن ثبوته يوجب حقاً على غيره. وإن صدقها الولي على عنته، جاز أن يضرب لها أجل العنة، لأنه لو كان عاقلاً لجاز أن ينكرها. وهكذا لو كان الزوج عاقلاً فيضرب لها أجل العنة، ثم جن قبل انقضاء المدة، لم يجز إذا انقضت المدة وهو على جنونه أن يخير في فسخ نكاحه، لأنه لو كان عاقلاً لجاز أن يدعي وطئها إن كانت ثيباً ومنعها إن كانت بكراً، فيكون القول قوله في الحالين.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولا يخالعُ عن المعتوهَةِ ولا يبرىء زوجَها من درهم من مالها)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح، لا يجوز للأب أن يخالع عن بنته المجنونة من مالها لأمرين:

أحدهما: أنه مأمور بحفظ مالها وهذا استهلاك.

والثاني: أنه مندوب إلى طلب الزيادة في كسبها، لا إلى إسقاطه، وهذا يسقط نفقتها ومهرها إن لم يدخل بها. فأما إن خالع الأب عنها من مال نفسه جاز خلعه، لأنه لو خالع عن

= زوّجني أمته وهو يريد أن يفرّق بيني وبينها، فصعد رسول الله ﷺ المنبر فقال: «يا أيها الناس ما بالُ أحدكم يزوِّجُ عبده أمته ثم يريد أي يُفرّق بينهما؟» وفي إسناده ابن لهيعة، ضعيف. والبيهقي: ٧/ ٣٦٠ والدارقطني: ٤/ ٣٧ ـ ٣٨.

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٥.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٦٥.

أجنبية عاقلة بمال نفسه وهي غير عالمة ولا مريدة صح خلعه، فعن بنته المجنونة أولى.

فصل: قال الشافعي: «ولا يبرىء زوجُها من درهم من مالها»[١] وهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون من غير الصداق، فلا يجوز للأب أن يبرىء منه.

والثاني: أن يكون صداقاً فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون قد دخل بها، فلا يجوز للأب أن يبرىء منه لأنه كسائر أموالها.

والضرب الثاني: أن لا يكون قد دخل بها فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون على الزوجية لم يطلق، فلا يجوز للأب أن يبرىء منه.

والثاني: أن تكون قد طلقت ففي جواز إبراء الأب منه قولان مبنيان على اختلاف قوليه في الذي بيده عقدة النكاح:

أحدهما: وهو قوله في القديم[٢] وبه قال مالك: أنه الأب.

فعلى هذا يجوز للأب والجد دون غيرهما من الأولياء أن يبريا من صداقها؟.

والقول الثاني: قاله في الجديد، وبه قال أبو حنيفة: أنه الزوج[٣] فعلى هذا يجوز للأب والجد أن يبريا منه، كما لا يجوز لغيرهما من الأولياء أن يبريا من شيء من صداقها، كما لم يجز أن يبريا من غير الصداق من سائر أموالها.

فأما الخلع فعلى ظاهر قوله: أنه لا يجوز. وكان بعض أصحابنا يخرج من هذا القول وجهاً آخر: أنه يجوز للأب أن يخالع عنها بصداقها، لأنه لما جاز الإبراء منه على غير بدل، كان جوازه على بدل أولى، وهو جمع فاسد. والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الإبراء يجوز بعد الطلاق، وفي الخلع يكون مبرياً منه قبل الطلاق.

والثاني: أن في الإبراء ترغيباً للأزواج فيها، وفي الخلع تزهيد فيها، فاختلف المعنى فيهما، فافترقا والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (فإنْ هربتْ وامتنعَتْ فلا نفقةَ لها)[٤].

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٥.

(٢) و(٣) راجع أحكام القرآن للشافعي: ١/ ٢٠٠ والقرطبي في تفسيره: ٣/ ٢٠٧.

(٤) مختصر المزني، ص: ١٦٥ ـ ١٦٦.

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا هربت بالجنون من زوجها ومنعته من نفسها صارت ناشزاً وسقطت نفقتها، لأن النفقة عوض في مقابلة تمكين، فإذا لم يوجد التمكين الذي هو معوض بطل ما في مقابلته من النفقة التي هي عوض، كالسلعة إذا تلفت في يد البائع بطل ما في مقابلتها من الثمن.

فإن قيل: فالجنون عذر وليست فيه عاصية، فهلا كانت نفقتها مع تعذر الاستمتاع باقية، كما لو مرضت أو صلت وصامت!.

قيل: حقوق الأموال بين الآدميين يستوي في وجوبها وسقوطها حكم المطيع والعاصي، والمعذور وغير المعذور. ألا ترى أن البائع لو تلفت السلعة في يده بجائحة سماوية فهو معذور مطيع، وقد سقطت ما في مقابلتها من الثمن، كما لو استهلكها بنفسه فصار عاصياً غير معذور؛ كما أن الزوجة لو سافرت في الحج سقطت نفقتها وإن كانت مطيعة، كما لو هربت ناشزاً في معصية فكذلك حال المجنونة.

فأما المريضة فهي غير ممتنعة، وإنما المرض منعه منها، كما يمنع الحيض. ولو منعه في المرض ما أمكن أن يستمتع به من المريضة من نظر وقبلة ولمس، سقطت نفقتها. فأما ما وجب من صلاة وصيام، فالشرع قد استثنى زمانه من الاستمتاع، كما أن زمان النوم مستثنياً. والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولا إيلاءَ عليه فيها. وقيلَ له: اتّقِ اللَّهَ فيها فِيءْ أو طلِّقْ)[1].

قال الماوردي: أما قوله: «لا إيلاء عليه» فلم يرد أنه لا يصح منه الإيلاء فيها، لأن الإيلاء يمين تصح من الزوج في العاقلة، فصحت منه في الجنون وإنما أراد به أن لا يطالب بحكم إيلائه فيها وإن صح إيلاؤه منها، فإذا مضت على الزوج مدة الإيلاء أربعة أشهر وهي على جنونها، أو آلى منها وهي عاقلة، فانقضت مدة الإيلاء وقد حنث، فالحكم فيهما سواء، وليس للولي مطالبة الزوج بفيئة، ولا طلاق لأن المطالبة به حق لها يرجع فيه إلى شهوتها في العفو عنه أو المطالبة به، ولا يصح منها مع الجنون مطالبة، ولا للولي فيه مدخل فيطالب، لكن يقال للزوج: ينبغي لك وإن لم يجب عليك المطالبة بحقها أن تتّقي

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٦.

الله تعالى فيها فتفيء أو تطلق، لتكون خارجاً من حق الإيلاء أن لو كانت مطالبة، حتى لا يكون مرتهناً بحق يقدر على الخروج منه قبل المطالبة به.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وإنْ قَذَفَها أو انتفَى من ولدِها فالتعَنَ، فإذا التَعَنَ وقعَتِ الفرقةُ، ونفي الولدُ، وإنْ أكْذَبَ نفسَهُ لَحِقَ به الولدُ ولم يعذرْ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا قذف الرجل زوجته المجنونة بالزنى فلا حدّ عليه لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾[2].

والمحصنة، الكاملة بالعقل والعفاف، ولأن حد القذف يجب للحرة المعرة بالمقذوف، والمجنونة لا يلحقها بالزنى عار، لأنها لا تفرق بين القبيح والحسن، ولا بين المباح والمحظور. ولأن حد القذف على القاذف في مقابلة حد الزنى على المقذوف، والمجنونة لو ثبت زناها لم تحد، فلم يجب على قاذفها حد؛ فإن لم يرد الزوج أن يلاعن، فلا يقال: وإن أراد اللعان لم يخل حال زوجته المجنونة من أحد أمرين: إما أن تكون ذات ولد، أو خلية من ولد.

فإن كانت ذات ولد، كان له أن يلاعن منها لينفي باللعان ولدها، فإذا لاعن انتفى عنه الولد، ووقعت الفرقة بينهما على التأبيد.

وإن لم يكن لها ولد، ففي جواز اللعان منها وجهان:

أحدهما: يلاعن، ليستفيد بلعانه تحريم التأبيد.

والوجه الثاني: وهو أصح، أنه لا يجوز أن يلاعن، لأن مقصود اللعان درأ الحد ونفي الولد الذي لا يقدر عليه بغير اللعان، وقد عدم. وليس يجب عليه بقذفها حد، فلم يجز أن يلاعن. فلو عاد هذا الزوج بعد نفي الولد بلعانه فأكذب نفسه، لحق به الولد، ولم يزد التحريم المؤبد، لأن لحوق الولد حق عليه، وزوال التحريم حق له: ومن أقر بما عليه لزمه،ومن أقر بما له لم يقبل منه فأما تقريره بعد رجوعه فقد قال الشافعي ها هنا: «لم يعزر» وقال في موضع آخر: «يعزر»، وليس هذا على اختلاف قوليه، وإنما التعزير على ضربين:

أحدهما: تعزير قذف.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٦.

(٢) سورة النور، الآية: ٤.

والثاني: تعزير أذى.

فأما تعزير القذف فهو في قذف من لم يكمل حاله من المكلفين كالكفار والعبيد، فلا يجب على المسلم الحر في قذفهم حد، لكن يجب فيه التعزير بدلاً من الحد، ويكون حقاً للمقذوف يرجع إلى خياره في استبقائه، أو العفو عنه. وأما تعزير الأذى فهو في قذف غير المكلفين من الصغار والمجانين، فهذا التعزير فيه لمكان الأذى، يستوفيه الإمام أن رأى. ويكون الفرق بينه وبين تعزير القذف من وجهين:

أحدهما: وجوب هذا، وإباحة ذاك.

والثاني: رد هذا إلى خيار المقذوف، ورد ذلك إلى رأي الإمام، وإذا كان كذلك، كان قول الشافعي ها هنا: «لم يعزر» محمولاً على تعزير القذف. وقوله في الموضع الآخر: «إنه يعزر» محمولاً على تعزير الأذى. والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وليسَ له أن يزوِّجَ ابنتَه الصبيَّةَ عبداً ولا غيرَ كفءٍ، ولا مجنوناً، ولا مخبولاً، ولا مجذوماً، ولا أبرصَ)[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال. على الأب إذا أراد أن يزوج بنته أن يطلب الحظ لها في اختيار الأزواج، وإذا كان كذلك لم يكن له أن يزوج بنته الصغيرة عبداً، ولا مدبراً، ولا مكاتباً، ولا من فيه جزء من الرق وإن قلَّ، لنقصهم بالرق في حال الأحرار. ولا يزوجها غير كفء، لما يلحقها من العار. ولا يزوجها مجنوناً، لأنه لا يؤدي حقها، ولا يؤمن عليها.

ولا يزوجها مخبولاً، والمخبول، هو الزائل العقل كالمجنون، إلا أن المجنون هو المختل الذي لا يؤمن عدواه، والمخبول هو الساكن المأمون العدوى. ولا يزوجها مجذوماً ولا أبرص، لأن النفس تعافهما، وربما حدث منهما عدوى إليها وإلى الولد، فقد روي عن النبيّ ﷺ أنه قال: «فِرُّوا من المَجْذُومِ فِرَارَكُم من الأسدِ»[٢].

ولا يزوجها خصياً، ولا مجبوباً، لنقصهما بالخصاء والجب عن كمال الاستمتاع.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٦، وزاد: «ولا مجبوباً» والمجبوب: هو الذي قطع ذكره أو بعضه، وما تبقى منه دون الحشفة.

(٢) حديث أبي هريرة: لا عدوى ولا طيرة، ولا هامة ولا صفر، وفرَّ من المجذوم. أخرجه البخاري في الطب (٥٧٠٧) وأحمد: ٢/ ٤٤٣ والبيهقي: ٧/ ١٣٥.

فصل: فأما تزويج بنته الكبيرة بأحد هؤلاء، فإن كانت ثيباً يجب استئذانها فإن استأذنها فيهم وأعلمها بهم جاز، وإن استأذنها فيهم فعلى وجهين:

أحدهما: يجوز، لأنه عن إذن كالثيب.

والثاني: لا يجوز، لأن استئذانها لا يجب، فأشبهت الصغيرة.

فصل: فإن زوج بنته بمن فيه أحد هذه العيوب، وكانت هي من ذوات العيوب فعلى ضربين.

أحدهما: أن يختلف عيباهما، فيكون الزوج مجذوماً وهي برصاء، أو مجبوباً وهي رتقاء، لم يجز.

والضرب الثاني: أن يتماثل عيباهما فيكونا مجنونين أو أبرصين، فعلى وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: يجوز لتكافئهما.

والوجه الثاني: وهو الأصح أنه، لا يجوز لأن الإنسان قد يعاف من غيره ما لا يعاف من نفسه وقد يؤمن المجنون على نفسه ولا يؤمن على غيره.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا وزوج بنته بمن لا يجوز أن يزوجها به من أصحاب هذه العيوب، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يزوجها بهم عالماً بعيوبهم، فالنكاح باطل لأنه أقدم على عقد وهو ممنوع منه.

والضرب الثاني: أن يكون غير عالم بعيوبهم ونقصهم، ففي العقد قولان:

أحدهما: باطل لما ذكرنا.

والثاني: جائز ويستحق به خيار الفسخ، لأن شراء الوكيل ما يراه معيباً بعد العقد لا يوجب فساد العقد، ولكن يوجب خيار الفسخ. فعلى هذا هل يجب على الأب فسخ العقد في الحال، أو يكون موقوفاً على خيارها إذا بلغت؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجب عليه أن يفسخ ليستدرك بالفسخ ما كان ممنوعاً منه في وقت العقد.

والوجه الثاني: أن يكون الفسخ موقوفاً على خيارها إذا بلغت، لأن لها في العقد حقاً، فلم يكن للأب تفويته عليها بفسخه.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وليس له أن يكره أمته على واحد من هؤلاء بنكاح)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح، للسيد أن يجبر أمته على النكاح ليكتسب بذلك المهر والنفقة، ولا يجبر السيد على نكاحها إذا طلبت لأنها فراش له. وإذا كان للسيد إجبارها، فليس له أن يكرهها على نكاح مجنون ولا مجذوم. ولا أبرص ولا مجبوب، لأنها تملك في حق النكاح الاستمتاع؛ بدليل أن لها المطالبة بحق الإيلاء والعنة دون السيد، واستمتاعها بما ذكرنا من ذوي النقص والعيوب لا يكمل لنفور النفس عنهم، فمنع السيد من تزويجها بهم.

فأما العبد فله تزويجها به، وكذلك بمن لا يكافىء الحرة في حال أو نسب، لكمال استمتاعها بهم مع كونهم أكفاءها. فإن خالف السيد وزوجها بمن ذكرنا من ذوي النقص والعيوب، ففي النكاح قولان على ما مضى.

أحدهما: باطل.

والثاني: جائز، ويستحق فيه الفسخ. وفيه وجهان:

أحدهما: على السيد أن يفسخ.

والثاني: أنه مردود إلى خيارها.

فأما إذا أراد السيد بيعها على مجنون أو مجذوم أو أبرص أو مجبوب، فله ذلك، وليس لها الامتناع.

والفرق بين النكاح والبيع: أن مقصود النكاح الاستمتاع، فأثر فيه ما منع منه، ولذلك لم يصح نكاح من لا يحل الاستمتاع بها من الأخوات والعمات. وليس المقصود في البيع إلا الملك دون الاستمتاع، ولذلك جاز من لا تحل من الأخوات والعمات، فجاز له بيعها على من لا تقدر على الاستمتاع به، كما يجوز له بيعها على امرأة. ولهذا المعنى قلنا في الأمة: إن لها القسم في عقد النكاح على الزوج، وليس لها في المال قسم على السيد.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولا يزوِّجُ أحدٌ أحداً ممن به إحدى هذه العللِ، ولا مَنْ لا يُطَاقُ جماعُها ولا أمة، لأنه ممَّن لا يخافُ العنتَ)[٢].

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٦.
(٢) مختصر المزني، ص: ١٦٦.

قال الماوردي: وهذا كما قال، لما ذكر الشافعي منع الأب والسيد من تزويج بنته وأمته بمن ذكرنا عيبه، يمنع الأب والسيد. أن يزوج ابنه وعبده بهم. فلا يجوز للأب أن يزوج ابنه الصغير بمجنونة، ولا ممن به العيوب التي ذكرنا، لتعذر استمتاعه بهن، وعدم الحظ له في نكاحهن. وكذلك لا يزوجه بأمة يسترق ولده منها، لأنها لا تحل إلا لخوف العنت، وهو مأمون في الصغير. فإن زوجه بواحدة من هؤلاء، ففي النكاح قولان على ما مضى.

أحدهما: باطل.

والثاني: جائز، وفي الفسخ وجهان:

أحدهما: أن على الأب تعجيله.

والثاني: أنه موقوف على خيار الابن إذا بلغ.

فصل: فأما العبد، فهل للسيد إجباره على النكاح، أم لا؟ على قولين:

أحدهما: ليس له إجباره، لأنه من ملاذه وشهواته.

والقول الثاني: له إجباره، كما يجبر أمته.

ولمن قال بالأول، أن يفرق بين العبد والأمة: بأن له في تزويج الأمة اكتساب المهر والنفقة، وعليه في تزويج العبد التزام المهر والنفقة، فافترقا.

وإذا جوز له إجبار عبده على النكاح، لم يكن له أن يكرهه على نكاح من بها أحد هذه العيوب لنفور النفس عنهم، وتقذر استمتاعه بهن، وله أن يزوجه بالأمة لأنها تكافئه، وأنه لا يعتبر في نكاحه بها عيب ليس فيه. وهل للأب والسيد إذا كان في ابنه وعبده أحد هذه العيوب أن يزوجه بمن يساويه في العيوب؟ على ما مضى من الوجهين.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وينكحُ أمة المرأةِ وليُّها بإذنِها)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا كان للمرأة أمة لم يكن لها تزويج أمتها بنفسها حتى تأذن لوليها في تزويجها، لأنه لما لم يكن لها تزويج نفسها، فأولى أن لا يكون لها

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٦.

تزويج أمتها. وجوزه أبو حنيفة، بناء على أصله في أن لها تزويج نفسها، فجاز لها أن تزوج أمتها، وقد مضى الكلام معه.

وإذا كان كذلك، لم يخل حالها من أحد أمرين: إما أن تكون بالغاً، أو صغيرة.

فإن كانت ـ أعني هذه السيدة ـ بالغاً رشيدة، لم يكن لأحد من أوليائها تزويج أمتها إلا بإذنها، وسواء كانت السيدة بكراً أو ثيباً، وسواء كان الولي أبا أو عصبة، ممن يجبرها، على النكاح أم لا. لأن هذا التصرف في مالها وهي رشيدة، لا يجوز التصرف في مالها بغير إذنها. فإذا أذنت لوليها الذي هو أحق الأولياء بنكاحها في تزويج أمتها جاز له تزويجها، فإن لم يكن لها ولي مناسب زوجها الحاكم بإذنها، ولا يراعى إذن الأمة مع إذن السيدة، لأن الأمة تجبر على النكاح، فلم يلزم استئذانها فيه.

فصل: فإن كانت السيدة صغيرة غير بالغ، لم يكن لأحد من أوليائها سوى الأب والجد تزويج أمتها، وفي جوازه للأب والجد وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي، وأبي سعيد الأصطخري: يجوز لهما تزويجها، كما يزوجان سيدتها مع ما فيه من اكتساب المهر والنفقة.

والوجه الثاني: أنه لا يجوز لهما تزويجها حتى تبلغ السيدة فتأذن، لأن تزويج الأمة نقص إلى نقصان ثمنها، وربما أدى الحبل إلى تلفها، وذلك ضرر يمنع منه.

وهل للأب إذا كان لابنه الصغير أمة أن يزوجها، أم لا؟ على هذين الوجهين اعتباراً بما ذكرنا من تعليلها.

فصل: فأما إذا كان لها عبد فأذنت له في التزويج، فإن كان العبد صغيراً لم يجز، لأن الصغير يمنع من مباشرة العقد، وفي المتولي لتزويجه وجهان:

أحدهما: وليها في النكاح كالأمة.

والوجه الثاني: من تأذن له من الناس، لأن ولي النكاح يراعى في الزوجة دون الزوج، وإن كان الزوج بالغاً فالصحيح: أن له أن يتزوج بإذنها وحدها كالسيد. وفيه وجه آخر لبعض أصحابنا: أنه لا يجوز أن يتزوج حتى يأذن له وليها، فيجوز له باجتماع الإذنين أن يتزوج، لأن إذن المرأة في النكاح لا يتم إلا بولي، وهذا خطأ، لأن العبد ممنوع من النكاح بحق الملك، فاستوى إذن المالك والمالكة كسائر الأموال.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وأمةُ العبدِ المأذونُ له في التِّجارةِ ممنوعَةٌ من السَّيِّدِ حتى يقضيَ ديناً إن كان عليه، ويحدثُ له حجراً، ثمَّ هي أمتُه. فلو أراد السيِّدُ أن يزوِّجها دونَ العبدِ، أو العبد دون السيدِ، لم يكنْ ذلك لواحدٍ منهما)[١].

قال الماوردي: إعلم، أن ما في يد العبد المأذون له في التجارة كالمرهون على ما في ذمته من ديون معاملاته لضعف ذمته بالرق، فصار ما في يده مستحقاً في ديونه. فلو اشترى أمة من مال التجارة، لم يكن للعبد وطئها بحال، لأن العبد لا يملكها. فأما السيد إذا أراد وطئها، فإن كان على العبد دين من معاملاته فالسيد ممنوع من وطئها لتعلق دينه بها، كما يمنع من وطء المرهونة لما يفضي إليه وطئها من الاحبال الذي ربما أدى إلى التلف، وكذلك يمنع من تزويجها لإفضائها إلى نقصان ثمنها. وسواء كان الدين الباقي من ثمنها، أو من ثمن غيرها، إلا أن يكون من قيمة متلف فيتعلق برقبته، ولا يتعلق بما في يده. فإن قضى العبد جميع ديونه، أو قضاها السيد عنه، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يعيد السيد الحجر عليه ويمنعه من التجارة، فيجوز للسيد حينئذ أن يطأ الأمة التي اشتراها العبد، وأن يزوجها إن شاء، وليس للعبد أن يزوجها بغير إذن السيد. وهل يجوز له تزويجها بإذنه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجوز، لأن الرق يمنع من ولاية النكاح.

والثاني: يجوز، لأن الرق يمنع من استحقاق الولاية بنفسه، ولا يمنع من النيابة عن غيره كسائر العقود.

والضرب الثاني: أن لا يعيد الحجر عليه بعد قضاء دينه، ففي جواز وطء السيد لها وتزويجه إياها وجهان:

أحدهما: وهو الأصح، يجوز له لزوال ما تعلق بها من حق.

والوجه الثاني: لا يجوز، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، لأنه لا يؤمن أن يغتر الناس بالإذن المتقدم، فيعاملونه على ما في يده حتى يتعلق الحجر ويظهر الرجوع.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولا ولايةَ للعبْدِ بحالٍ، ولو اجتمَعَا على تزويجها لم يجزه)[٢].

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٦.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٦٦.

قال الماوردي: وهذا صحيح، لا يملك العبد ولاية النكاح على أحد من مناسبته لنقصه بالرق، فإنه لا يملك ولاية نفسه، فكان أولى أن لا يملك الولاية على غيره. وكذلك المدبر والمكاتب، ومن فيه جزء من الرقِ وإن قلَّ، لأن أحكام الرق عليهم جارية، وتنتقل الولاية عنهم إلى من هو أبعد منهم نسباً من الأحرار. وهل يجوز أن يكون العبد ومن ذكرناه وكيلاً نائباً في عقد النكاح، أم لا؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: يجوز أن يكون وكيلاً نائباً عن الولي في البذل وعن الزوج في القبول، وهذا قول أبي الطيب بن سلمة.

والوجه الثاني: أنه لا يجوز أن ينوب فيه عن الولي في البذل، ولا عن الزوج في القبول، وقد مضى تعليل هذين الوجهين.

والوجه الثالث: أنه لا يجوز أن ينوب فيه عن الولي في البذل، ويجوز أن ينوب عن الزوج في القبول، لأن النيابة من قبل الزوجة ولاية، ومن قبل الزوج وكالة، والعبد لا يجوز أن يكون ولياً، ويجوز أن يكون وكيلاً، فأما قول الشافعي: «ولو اجتمعا على تزويجها لم يجز» فيعني: أن السيد والعبد لو اجتمعا على تزويج الأمة التي اشتراها العبد قبل قضاء دينه لم يجز، وليس لاجتماع العبد مع سيده قوة يستحق بها السيد تزويج الأمة ما لا يستحق بانفراده.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (في باب الخيارِ من قبل النسبِ ولو انتسبَ العبدُ لها حرّاً فنكحتْهُ وقد أذِنَ له سيِّدُهُ ثم عَلِمَتْ أنه عبدٌ وانتسبَ إلى نسبٍ وجدَ دونَه وهي فوقَهُ ففيها قولان:

أحدهما: أن لها الخيار، لأنه منكوحٌ بعينهِ وغرّر بشيء وجد دونه.

والثاني: أن النكاح مفسوخٌ، كما لو أذنت في رجل بعينه فزوِّجَت غيره)[1].

قال الماوردي: وصورتها في امرأة تزوجت رجلاً على أنه حر فكان عبداً، فإن نكح بغير إذن سيده فالنكاح باطل، وإن نكح بإذن سيده نظر في الشرط: فإن لم يقترن بالعقد وتقدم عليه أو تأخر عنه فالنكاح جائز، وإن اقترن بالعقد ففي بطلان النكاح قولان. وهكذا لو تزوجت على أنه ذو نسب شريف كهاشمي أو قرشي فكان غير ذي نسبٍ، أو عجمياً أو نبطياً، وكان الشرط مقارناً للعقد، ففي النكاح قولان.

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٦.

وهكذا لو تزوجت على أنه شاب فكان شيخاً، أو على أنه طويل فكان قصيراً، أو على أنه جميل فكان قبيحاً، أو على أنه أبيض فكان أسود، أو على أنه غني فكان فقيراً، ففي النكاح قولان.

وهكذا لو نكحها على شرط أدنى فكان أعلى، مثل أن يتزوجها على أنه عبد فكان حراً، أو على أنه نبطي، فكان عربياً، أو على أنه شيخ فكان شاباً، أو على أنه قصير فكان طويلاً، أو على أنه قبيح فكان جميلاً، أو على ضد ما ذكرنا ففي النكاح قولان.

وحكم الشرط إذا وجد زائداً عليه كحكمه إذا وجد ناقصاً عنه، وسواء كان اختلافهما في الحرية أو في النسب، أو في الصفة، فإن عقد النكاح في هذه الأحوال كلها على قولين:

أحدهما: أن النكاح باطل لأمرين:

أحدهما: أن الصفة في عقد النكاح تجري مجرى العين في عقود المعاوضات، لجواز الاقتصار عليها وإن لم يشاهد العين. وأنه لا يجوز في عقود المعاوضات الاقتصار على صفة العين حتى يشاهد تلك العين، فاقتضى أن يكون خلاف الصفة في النكاح جارٍ في إبطال النكاح مجرى خلاف العين في البيع في إبطال البيع.

والثاني: أن إذن المرأة في نكاحه على هذه الصفة فتكون بخلافها، فجرى مجرى إذنها لوليها أن يزوجها بمن هو على خلافها، ولو كان هذا لكان النكاح باطلاً، فكذلك في مسائلنا.

والقول الثاني: وهو قول أبي حنيفة، واختيار المزني: أن النكاح صحيح ووجهه شيئان:

أحدهما: أنها صفات لا يفتقر صحة النكاح إلى ذكرها، فوجب أن لا يبطل النكاح بخلافها، كالصداق إذا وصف فكان بخلاف صفته.

والثاني: أنه منكوح بعينه وغار بشيء وجد دونه، فصار ذلك منه تدليساً ينقص، وتدليس العيوب في العقود يوجب الخيار ولا يوجب الفسخ، كالعبوب في البيع كذلك النكاح. والله أعلم.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين، فإن قلنا بالأول: إن النكاح باطل، فإن لم يكن الزوج قد دخل بها فرِّق بينهما، وعليه مهر مثلها لمكان لشبهة، ولا حد عليه، والولد لاحق

به. وإن قلنا بالقول الثاني: إن النكاح جائز، فكأن شرطته حراً، فكان عبداً، فلها الخيار في فسخ نكاحه، سواء كانت حرة أو أمة، لنقصه في النكاح عن أحكام الحر، لأن استمتاعها به غير تام لخدمة سيده، ونفقته نفقة معسر لأجل رقه. فإن قامت على نكاحه فلها المسمى، وإن فسخت ولم يدخل بها فلا مهر لها وإن دخل بها فعليه مهر المثل بالإصابة دون المسمى في العقد، فهذا حكم غروره لها بالحرية.

فأما إذا غرها بالنسب فشرطَ لها أنه شريف النسب هاشمي أو قرشي، فبان أنه أعجمي أو نبطي، نظر في نسبها: فإن كانت شريفة مثل النسب الذي شرطته، فلها الخيار في فسخ نكاحه، ثم الكلام في المهر إن أقامت أو فسخت على ما مضى.

وإن كان دون النسب الذي شرطته، ومثل النسب الذي هي عليه، أو دونه، فهل لها الخيار في فسخ نكاحه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لها الخيار لمكان الشرط، وإن لها غرضاً في كون ولدها ذا نسب شريف.

والوجه الثاني: لا خيار لها، لأن خيارها يثبت بدخول النقص عليها، وهذا كفؤ في النسب، فلم يدخل عليها به نقص، فلم يثبت لها فيه خيار.

فأما إذا غرها بما سوى ذلك من الشروط، نظر: فإن بان أنه أعلى مما شرط، فلا خيار لها، لأن الخيار إنما يستحق بالنقصان دون الزيادة. وإن بان أنه انقص مما شرط، ففي خيارها وجهان:

أحدهما: لها الخيار لأجل الشرط.

والوجه الثاني: لا خيار لها، لأن النقصان لا يمنع من مقصود العقد، قال الشافعي: «قد ظلمَ نفسَهُ من شرط هذا».

فاختلف أصحابنا في تأويله، فقال من أسقط خيارها، معناه: أنها ظلمت نفسها باشتراط ما لم يثبت لها فيه خيار، وقد كانت تستغني بالمشاهدة عن اشتراطه. وقال من أثبت خيارها: إنه محمول على الشروط الناقصة، وإنها ظلمت نفسها بما شرطته من نقصان أحواله وأوصافه.

فصل: فأما إذا نكحت نكاحاً مطلقاً من غير شرط، لكن اعتقدت فيه كمال الأحوال فبان بخلافها من نقصان الأحوال، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون بنقصان أحواله غير كفء لها، كأن كانت حرة وهو عبد، أو هاشمية وهو نبطي، أو غنية وهو فقير، فلها الخيار لأن نكاح غير الكفء لا يلزم إلا بالعلم والرضى.

والضرب الثاني: أن يكون مع نقصان أحواله كفواً لها، فلا خيار لها في غير الرق، وهل لها الخيار في رقه إذا وجدته عبداً أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا خيار لها، لأن كونه كفواً لها يمنعها من دخول النقص والعار عليها.

والوجه الثاني: لها الخيار، لأن نقص الرق مؤثر في حقوق النكاح لما لسيده من منعه منها بخدمته وإخراجه في سفره، وأنه لا يلتزم لها إلا نفقة معسر، فاقتضى أن يثبت لها الخيار في فسخ نكاحه. والله أعلم.

مسألة: **قال المزني**: قال الشافعي رحمه الله: **(ولو كانَتْ هي التي غرَّتهُ بنسَبٍ فوجدَها دونَهُ، ففيها قولان:**

أحدهما: إنْ شاء فسخَ بلا مَهْرٍ ولا متعة، وإن كان بعدَ الإصابةِ فلها مهرُ مثلها، ولا نفقة لها في العدّةِ وإنْ كانَتْ حاملاً.

والثاني: لا خيارَ له إذا كانت حرّة، لأن بيده طلاقَها ولا يلزمُه من العارِ ما يلزمُها، قال المزني: الفصل كله)[1].

قال الماوردي: قد مضى غرور الزوج للمرأة، فأما غرور المرأة للزوج: فهو أن يتزوجها على شرط فيكون بخلافه، فينقسم الشرط ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون في الحرية.

والثاني: أن يكون في النسب.

والثالث: أن يكون في الصفة.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٦، وتتمة الفصل: قال المزني: قد جعل الله له الخيار إذا غرّته فوجدها أمةً، كما جعل لها الخيار: إذا غرّها فوجدته عبداً، فجعل معناهما في الخيار بالغرور واحداً، ولم يلتفت إلى أن الطلاق إليه، ولا إلى أن لا عار فيها عليه. وكما جعل لها الخيار بالغرور في نقص النسب عنها وجعله لها في العبد، فقياسه: أن يجعل له الخيار بالغرور في نقص النسب عنه، كما جعله له في الأمة.

فأما الشرط في الحرية، فهو أن يتزوجها على أنها حرية فتكون أمة، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون الزوج مما لا يحل له نكاح الأمة، بأن يكون واجداً للطول أو غير خائفٍ للعنت، فالنكاح باطل. لأن نكاح الحر للأمة لا يجوز إلا بشرطين: عدم الطول، وخوف العنت.

والضرب الثاني: أن يكون الزوج ممن يجوز له نكاح الأمة لوجود الشرطين فيه: من عدم الطول، وخوف العنت. فلها حالتان:

إحداهما: أن تكون قد نكحته بغير إذن سيدها، فالنكاح باطل.

والحال الثانية: أن تنكحه بإذن سيدها، فللشرط حالتان:

إحداهما: أن تكون مقارناً للعقد.

والثانية: غير مقارن، فإن لم يقارن العقد بل تقدمه أو تأخر عنه، فلا تأثير له، والنكاح جائز، وإن اقترن بالعقد، فلا يخلو الغارُّ من أن يكون هو السيد، أو غيره.

فإن كان الغار هو السيد، فقال للزوج عند عقده: هي حرة، فقد عتقت بقوله هذا، وصار الزوج بهذا الغرور عاقداً على حرة، فصح نكاحها. وهي في جميع أحكامها كالحرة.

وإن كان الغار غير السيد، فهي حينئذ مسألة الكتاب في الغرور باستكمال ما فصلنا من الشروط الأربعة.

أحدها: أن يكون الزوج ممن يجوز له نكاح الأمة.

والثاني: أن تكون قد نكحت بإذن سيدها.

والثالث: أن يكون الشرط مقارناً للعقد.

والرابع: أن يكون الغار غير السيد فيكون في النكاح حينئذ قولان:

أحدهما: باطل.

والثاني: جائز.

وتوجيههما ما قدمناه من غرور الزوج للزوجة.

فصل: فإذا قلنا ببطلان النكاح، فإن لم يدخل بها الزوج فرق بينهما، ولا مهر عليه،

ولا عدة عليها، ولا يكون للعقد تأثير في لزوم شيء من الأحكام، وإن دخل الزوج بها فرق بينهما أيضاً لفساد العقد، ولها حالتان:

إحداهما: أن يكون قد أحلها.

والثانية: أن تكون حائلاً لم تحبل، فإن لم يكن قد أحبلها تعلق بدخوله بها حكمان:

أحدهما: أن عليه للسيد مهر مثلها بالإصابة دون المسمى، لأن فساد العقد يمنع من استحقاق ما سمي فيه فصار مستهلكاً لبعضها بشبهة، فلزمه مهر المثل.

والثاني: وجوب العدة عليها، لأنها إصابة فوجب لحوق النسب، فأوجبت العدة، ولا نفقة لها في زمان العدة، لارتفاع العقد الذي تستحق به النفقة. فإذا أغرم الزوج بالإصابة مهر المثل، فهل يرجع به على من غره أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وهو قوله في القديم: يرجع به على الغار، لأنه ألجأه إلى غرمه، فصار كالشاهد إذا وجب بشهادته غرماً، ثم رجع عنها لزمه غرم ما أغرم.

والقول الثاني: لا يرجع به على الغار، لأنه في مقابلة استمتاعه الذي لا ينفك من غرم. إما المسمى إن صح العقد، أو مهر المثل إن فسد.

فإذا قلنا: لا رجوع للزوج بالمهر على من غره، تفرد بالتزامه للسيد. وإن قلنا: يرجع به على من غره، لم يرجع به قبل غرمه لجواز أن يبرئه السيد منه، فإن أبرأه منه لم يرجع به كالضامن إذا ابرىء من الضمان لم يرجع على المضمون عنه بشيء. وإن أغرمه السيد المهر رجع به الزوج حينئذ على من غره، ومن يؤثر غروره اثنان: الأمة، ووكيل السيد، لأن السيد لو غره لعتقت. وإن غره أجنبي، لم يكن لقوله في العقد تأثير.

فإن كانت الأمة هي الغارة، كان الغرم في ذمتها إذا عتقت وأيسرت أدّته، وإن كان الوكيل هو الغار، أغرم في الحال إن كان موسراً، وأنظرته إلى وقت يساره إنْ كان معسراً، فأما إن كان قد أحبلها ففي وجوب النفقة لها مدّة حملها قولان:

أحدهما: لها النفقة إذا قيل: إن نفقة الحامل بحملها لا لها.

والقول الثاني: لا نفقة لها إذا قيل: إن نفقة الحامل لها لا بحملها.

فإذا وضعت تعلق بولدها ثلاثة أحكام.

أحدها: لحوقه بالزوج لشبهة العقد.

والثاني: كونه حراً من حين علوقه، لأن اشتراط حريتها حرية ولدها، ولأن الحرة لا تلد إلا حراً.

والثالث: أن تغرم للسيد قيمة ولدها يوم وضعه، لأن ولد الأمة مملوك لسيدها، وقد صار الزوج مستهلكاً لرقه بما يحدث من عتقه فلزمه غرم قيمته، واعتبرناها يوم وضعه. فإن كان قد عتق وقت علوقه لأنه لا يتقدم إلا بعد الوضع، فإذا غرم الزوج قيمة الولد رجع بها على من غره قولاً واحداً، وإن كان في رجوعه بالمهر قولان.

والفرق بينهما: أن المهر مستحق في نكاح الحرة الأمة، لأنه في مقابلة الاستمتاع، فلذلك لم يرجع به في الغرور بالأمة على أحد القولين، وليس كذلك قيمة الولد، لأنه لا يستحق إلا في ولد الأمة دون الحرة، فصار الغرور هو الموجب لغرمه، فلذلك رجع به على من غره قولاً واحداً، فصار وطؤها وإحبالها موجباً لخمسة أحكام:

أحدها: مهر المثل.

والثاني: العدة.

والثالث: لحوق الولد.

والرابع: حريته.

والخامس: غرم قيمته.

فهذا إذا قيل ببطلان النكاح.

فصل: فأما إذا قلنا بصحة النكاح على القول الثاني، فهل للزوج فيه خيار الفسخ أم لا؟ على قولين حكاهما المزني، ولم يحك القولين في أصل النكاح اكتفاء بما حكاه في غرور الزوج:

أحدهما: لا خيار له بالغرور، وإن ثبت للزوجة الخيار بالغرور، لأنه يقدر على طلاقها، ولا يلحقه من العار ما يلحقه.

والقول الثاني: له الخيار لإحدى علتين:

إحداهما: أن ما أوجب للزوجة خيار الفسخ أوجبه للزوج كعيوب الجنون والجذام والبرص، وإن كان الطلاق بيده كذلك في الغرور.

والعلة الثانية: ما يدخل عليه من النقص باسترقاق ولده ونقصان استمتاعه. فإذا قلنا: له الخيار في الفسخ، فاختار الفسخ، كان حكمه بعد الفسخ على ما ذكرنا.

إذا قيل بفساد العقد: في أنه إن لم يدخل بها فلا شيء عليه، وإن دخل بها ولم يحبلها تعلق بدخوله حكمان: مهر المثل، والعدة. وإن أحبلها تعلق بإحباله لها مع حكمي الدخول ثلاثة أحكام: لحوق الولد، وحريته، وغرم قيمته. ويرجع بما غرمه من قيمته، وفي رجوعه بما غرم من المهر قولان.

وإن أقام على النكاح ولم يختر الفسخ وقلنا: ليس له خيار، فالحكم فيهما سواء، ولها المهر المسمى في العقد، ويكون أولاده الذين علقت بهم قبل علمه برقها أحراراً، وعليه قيمتهم. ومن علقت بهم بعد علمه برقها مماليك للسيد، إن لم يكن الزوج عربياً؛ وإن كان عربياً فعلى قولين:

أحدهما: وهو قوله في القديم: يكونون أحراراً، وعليه قيمتهم لئلا يجري على عربي صغار، والرق أعظم صغار.

والقول الثاني: يكونون مماليك للسيد، لأن حكم الله تعالى في الجميع واحد، ونميز من علقت قبل العلم برقها معتبرة بمدة الوضع فمن وضعته لأقل من مدة ستة أشهر من وقت علمه بالعلوق، فالعلوق به قبل العلم فيكون حراً. ومن وضعته لستة أشهر فصاعداً، فالعلوق به في الظاهر بعد العلم اعتباراً بأقل الحمل، فيكون مملوكاً على ما ذكرنا. فهذا حكم القسم الأول. وهو غرور الزوج بالحرية.

فصل: وأما القسم الثاني وهو غرور الزوج بالنسب، فهو: أن يتزوجها على أنها هاشمية فتكون عربية، أو على أنها عربية فتكون نبطية أو أعجمية، ففي النكاح قولان على ما مضى:

أحدهما: باطل.

والثاني: جائز.

فإذا قيل ببطلان النكاح، فإن لم يدخل بها فرق بينهما ولا شيء عليه، ولا يكون للعقد تأثير. وإن كان قد دخل بها فعليه لها مهر المثل دون المسمى، وهل يرجع به على من غره أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا يرجع به، لأنه في مقابلة استمتاعه.

والقول الثاني: يرجع به على من غره، وهو أحد ثلاثة أشياء: إمّا الولي، أو وكيله، أو الزوجة.

فإن كان الولي أو وكيله هو الغار، يرجع عليه بعد الغرم بجميع المهر. وإن كانت الزوجة هي الغارة، ففيه وجهان:

أحدهما: يرجع عليها بجميعه أيضاً، كما يرجع على الولي والوكيل.

والوجه الثاني: أنه يترك عليها منه يسيراً أقله أقل ما يجوز أن يكون مهراً، ويرجع عليها بباقيه لئلا يصير مستبيحاً لبضعها بغير بدل.

وإذا كان كذلك، فإن كان قد دفع المهر إليها رجع عليها بجميعه على الوجه الأول، وترك عليها منه قدر أقل المهور على الوجه الثاني. وإن كان ما دفع المهر إليها فلا معنى لأن يدفع المهر إليها ثم يسترجعه، فلا يدفع إليها على الوجه الأول شيئاً، ويدفع إليها على الوجه الثاني قدر أقل المهور. وسواء في إصابة هذه الغارة أن يكون قد أحبلها أو لم يحبلها، في أن ولدها إذا لحق به لم يلزمه له غرم، لأنه لم يجر عليه رق.

فصل: وإن قيل: إن النكاح صحيح، نظر في نسب الزوج: فإن كان مثل نسبها الذي ظهر لها، فلا خيار له في الفسخ لأنه لا عار عليه ولا معرة تلحقه. وإن كان كالنسب الذي شرطه وأعلى من النسب الذي ظهر لها، فخياره في فسخه معتبر بخياره في غرور بالرق به بالحرية وتعليل استحقاقه.

فإن قيل: لا خيار له إذا كان مغروراً بالحرية، فأولى أن لا يكون له الخيار إذا كان مغروراً بالنسب.

وإن قيل له: الخيار إذا كان مغروراً بالحرية، فهل له الخيار إذا كان مغروراً بالنسب؟ معتبر باختلاف العلة إذا كان مغروراً بالحرية.

فإن قيل: إن العلة في خياره إذا غر بالحرية أن يثبت له من خيار الفسخ مثل ما ثبت للزوجة، فله في غرور النسب خيار الفسخ كما كان للزوجة.

وإن قيل: إن العلة في الغرور بالحرية دخول النقص عليه في استرقاق ولده، ونقصان استمتاعه، فلا خيار له في الغرور بالنسب، لأنه لا يدخل عليه نقص في الاستمتاع ولا في

الولد، لأن ولده يرجع إليه في نسبه لا إليها، لأن ولد العربي من العجمية عربي، وولد العجمي من العربية عجمي، وفي كشف هذا التعليل وحمل الجواب عليه في استحقاق الخيار مقنع لما أورده المزني.

وأما إذا غرته بنسب فوجدت أعلى منه، نظر: فإن شرطت أنها عربية فكانت هاشمية، فالنكاح جائز ولا خيار، لأن الهاشمية عربية، وإن ازدادت شرفاً فلم تكن الصفة المشروطة مخالفة.

وإن شرطت إنها نبطية، أو أعجمية فكانت هاشمية أو عربية، فالصفة مخالفة للشروط، فيكون النكاح على قولين:

أحدهما: باطل.

والثاني: جائز. ولا خيار له.

فصل: وأما القسم الثالث وهو غرور الزوج بالصفة، فهو: أن يتزوجها على أنها بكر فتكون ثيباً، أو على أنها شابة فتكون عجوزاً، أو على أنها جميلة فتكون قبيحة، إلى ما جرى هذا المجرى من الصفات، ففي النكاح قولان:

أحدهما: باطل فإن لم يدخل بها فلا شيء عليه، وإن دخل بها فعليه مهر مثلها، وفي رجوعه به على من غره قولان على ما مضى في غرور النسب في اعتبار مَنْ غره.

والقول الثاني: إن النكاح صحيح، فعلى هذا يكون خياره في غرورها معتبر بخيارها في غروره، وفي خيارها لو غرها الزوج في هذه الصفات وجهان:

أحدهما: لا خيار لها، فعلى هذا، أولى أن لا يكون له خيار.

والوجه الثاني: لها الخيار. فعلى هذا يكون معتبراً بخياره إذا كان مغروراً بالحرية، وفيه قولان:

أحدهما: لا خيار له فيه، فعلى هذا أولى أن لا يكون له خيار إذا غر بهذه الصفات.

والقول الثاني: له الخيار، فعلى هذا يكون معتبراً بعلة الخيار في هذا القول.

فإن قيل: إنها في مقابلة خيار الزوجة فله الخيار في نقصان هذه الصفات، كما كان للزوجة على هذا الوجه.

فإن قيل: إنما دخول النقص عليه في رق الولد ونقصان الاستمتاع، فلا خيار له ها هنا لعدم النقص منهما. فأما إذا تزوجها على شرط فكانت أعلى منه، مثل أن يتزوجها على أنها ثيب فتكون بكراً، أو على أنها عجوز فتكون شابة، أو على أنها قصيرة فتكون طويلة، أو على أنها قبيحة فتكون جميلة، وما شاكل كل هذه الصفات ففي النكاح أيضاً قولان:

أحدهما: باطل.

والثاني: جائز، ولا خيار له.

فصل: فأما إذا تزوجها بغير شرطٍ فظنّها على صفة وكانت بخلافها، فالنكاح صحيح فيما سوى الرق والكفر، ولا خيار فيه للزوج فيما سوى عيوب الفسخ من: الجنون، والجذام، والبرص، والرتق، والقرن.

وأما الرق والكفر، وهو أن يتزوجها يظن أنها حرة فتكون أمة، أو يظنها مسلمة فتكون كافرة. فإن كان ممن لا يحل له نكاح الأمة لأنه واجد للطول أو غير خائف للعنت، أو كانت ممن لا تحل لمسلم كالوثنية، فالنكاح باطل في الأمة والكافرة لتحريمها عليه، وإن كان ممن يحل له نكاح الأمة لعدم الطول وخوف العنت، ويحل له نكاح هذه الكافرة لأنها كتابية، فالنكاح جائز قولاً واحداً لأنه لم يشترط وصفاً فوجد خلافه. فأما الخيار فقد قال الشافعي في نكاح الأمة: إنه لا خيار له في فسخه، وقال في نكاح الكتابية: إن له الخيار في فسخه. فاختلف أصحابنا على طريقين:

أحدهما: نقل جواب كل واحدة إلى الأخرى، ويخرجها على قولين:

أحدهما: لا خيار له في فسخ نكاح الأمة والكتابية على ما نص عليه في الأمة، لأن الكتابية أحسن حالاً من الأمة التي يسترق ولدها.

والثاني: أن له الخيار في فسخ نكاح الأمة والكتابية على ما نص عليه في الكتابية، لأن الأمة أغلظ حالاً باسترقاق ولدها.

والطريقة الثانية: لأصحابنا أن حملوا جواب كل واحدة من المسألتين على ظاهره، فلم يجعلوا له في نكاح الأمة خياراً وجعلوا له في نكاح الكتابية خياراً، وفرقوا بينهما: بأن لأهل الذمة غياراً يتميزون به عن المسلمين، فإذا خالفوه صار غروراً، فثبت الخيار في نكاحهم، وليس للمملوكين غيار يتميزون به فلم يكن منهم غرور يثبت به الخيار في مناكحهم والله أعلم.

بابُ المَرأةِ لَا تَلِي عَقْدَ النِّكَاحِ

قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (قال بعض الناس: زوَّجَتْ عائشةُ بنتَ عبد الرحمن بن أبي بكرٍ وهو غائبٌ بالشامُ فقال: أمثلي يُفْتَاتُ عليه في بناته؟ قال: فهذا يدلُّ على أنها زوَّجَتْ بغير أَمْرِهِ، إلى آخر الباب)[١].

قال الماوردي: وقد مضى الكلام في أن النكاح لا يصح إلا بولي ذكر، وأن المرأة لا يجوز أن تعقد نكاح نفسها، فكذلك لا يجوز أن تلي نكاح غيرها لا بولاية ولا بوكالة، ولا يصح منها فيه بذل ولا قبول. وقال أبو حنيفة: يجوز أن تتولاه لنفسها ولغيرها نيابة ووكالة تكون فيه باذلة أو قابلة.

فأما نكاح نفسها قد مضى الكلام معه فيه. وأما نكاح غيرها نيابة ووكالة، فاستدل على جواز أن تتوكل فيه وتباشر عقده بما روي أن عائشة، رضي الله عنها زوَّجَت بنتَ أخيها عبد الرحمن بن أبي بكر، وكان غائباً بالشام بمنذر بنِ الزبير، فلما قَدِمَ قال: أمثلي يفتاتُ عليه في بناتهِ وأمضى النكاح[٢].

قال: ولأنه عقد معاوضة، فجاز أن تتولاه المرأة كالبيع. ولأنه عقد يستباح به

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٦، وتتمة الباب: قيل: فكيف يكون أن عبد الرحمن وكل عائشة لفضل نظرها: إن حدث حدث، أو رأت في مغيبه لابنته حظاً أن تزوّجها احتياطاً، ولم ير أنها تأمر بتزويجها إلا بعد مؤامرته، ولكن تواطىء وتكتب إليه، فلما فعلت قال هذا. وإن كنت قد فوَّضت إليك، فقد كان ينبغي أن لا تفتاتي عليّ. وقد يجوز أن يقول: زوِّجي، أي وكِّلي من يزوج، فوكلت. قال: فليس لها هذا في الخبر، قيل: لا، ولكن لا يشبه غيره، لأنها روت أن النبي ﷺ جعل النكاح بغير وليّ باطلاً. أو كان يجوز لها أن تزوّج بكراً وأبوها غائب دون إخوتها أو السلطان؟ قال المزني: معنى تأويله فيما روت عائشة عندي غلط، وذلك أنه لا يجوز عنده إنكاح المرأة ووكيلها مثلها، فكيف يعقل بأن توكل وهي عنده لا يجوز إنكاحها؟ ولو قال: انه أمر من ينفذ رأي عائشة فأمرته، فأنكح، خرج كلامه صحيحاً، لأن التوكيل للأب حينئذ، والطاعة لعائشة. فيصحّ وجه الخبر على تأويله الذي يجوز عندي، لا أن الوكيل وكيل لعائشة، ولكنه وكيل له، فهذا تأويله.

(٢) سبق تخريجه.

البضع، فصح أن تباشره المرأة، قياساً على شراء الأمة. ولأنه عقد على منفعة، فجاز اشتراك الرجال والنساء فيه كالإجارة، ودليلنا رواية أبي هريرة، أن النبيّ ﷺ قال: «لا تنكحُ المرأةُ المرأةَ ولا تنكحُ المرأةُ نفسَها»[١] وهذا نص، وروى عبد الرحمن بن القاسم، عن أبيه: أن عائشة رضي الله عنها كان إذا هوَى فتىً من بني أخيها فتاةً من بناتِ أخيها، أرسلَتْ ستراً وقعدَتْ من ورائهِ وتشهدتْ، حتى إذا لم يبقَ إلا النّكاحُ قالت: يا فلان أنْكحْ وليَّتَك فلانة فإن النساء لا ينكحن[٢] وهذا إجماع منتشر في الصحابة، لا يعرف فيه مخالف. ولأن تصرف المرأة في حق نفسها أقوى من تصرفها في حق غيرها، وقد دللنا على أنه لا ولاية لها في حق نفسها، فأولى أن لا يكون لها ولاية في حق غيرها. ولأن كل عقد لم يجز أن تعقده المرأة لنفسها، لم يجز أن تعقده لغيرها كعقد الأمة.

فأما الجواب عن حديث عائشة رضي الله عنها فهو: لا يمكن استعماله على ظاهره من أربعة أوجه:

أحدها: أنها لو زوجتها بولاية النسب، لكان للمنكوحة من هو أحق بالولاية منها من إخوة وأعمام، لأن عبد الرحمن قد كان له إخوة، وأولادهم أحق بنكاحها من عائشة التي هي أخته وعمته المنكوحة.

والثاني: أنه لو زوجتها بوكالة أبيها عبد الرحمن، لما افتات عليه في بناته.

والثالث: إنها هي الرواية عن النبي ﷺ أنه قال: «أيّما امرأة نكحَتْ بغيرِ إذْنِ وليِّها فنكاحُها باطِل»[٣] وهي لا تخالفُ ما روته.

والرابع: أنها كانت إذا خطبت في المناكح قالت: يا فلانُ أنكِحْ وليَّتَكَ فإن النساء لا ينكحْنَ[٤] وإذا لم يمكن حمله على ظاهر من هذه الوجوه الأربعة، وجب حمله على ما يمكن، فيحمل على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن عبد الرحمن يجوز أن يكون قد وكل عن نفسه من يقوم بتزويج ابنته، وأمره أن يرجع إلى رأي عائشة في اختيار من يزوجها به، فأشارت عليه عائشة بتزويج منذر بن الزبير.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) الأثر عن عائشة. أخرجه البيهقي: ٧/ ١١٢ وعبد الرزاق (١٠٤٩٩) والشافعي في مسنده: ٢/ ١٣.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) سبق تخريجه.

فإن قيل: فَلِمَ أنكر وقد وكَّلَ؟ قيل: لأن منذراً قد كان خطب إليه فكرهه لعجب ذَكَرَهُ فيه، فأحبت عائشة مع ما عرفته من فضل منذر أن تصل الرحم فتزوج بنت أخيها بابن أخيها، لأن منذر بن الزبير أمه أسماء بنت أبي بكر.

والثاني: أنه يجوز أن تكون عائشة حين اختارت منذراً سألت السلطان أن يزوجها، لأن عبد الرحمن بغيبته لا تزول ولايته، وينوب السلطان عنه عندنا وعند أبي حنيفة، وينوب من بعده من الأولياء عند مالك، فكره عبد الرحمن إن لم يستأذن فيه ويطالع به، ويكون إضافة العقد إلى عائشة وإن لم تكن العاقد. لمكان اختيارها وسفارتها، كما يضاف العقد إلى السفير بين الزوجين فيقال: فلانة الدلالة قد زوجت فلاناً بفلانة، وإن لم تكن قد باشرت العقد وتولته.

والثالث: أنه يجوز أن يكون عبد الرحمن وكّل عائشة في أن توكل عنه من يزوج بنته، فوكلت عائشة عن عبد الرحمن حين استقر رأيها على تزويج منذر من زوجها عنه، فكان الوكيل المتولي للعقد وكيلاً لعبد الرحمن لا لعائشة كما توهم المزني، فقال: إذا لم يكن لها أن تزوج، فوكيلها بمثابتها لا يجوز له أن يزوج، وهي لم توكل عن نفسها، وإنما وكلت عن أخيها، ويجوز أن تكون المرأة وكيلاً في توكيل من تزوج عن الموكل.

وأما الجواب عن الأقيسة الثلاثة على البيع والإجارة، وشراء الأمة، فهو أنها عقود لا تفتقر إلى ولاية، فجاز أن تتولاها المرأة، بخلاف النكاح. والله أعلم.

بابٌ[1] الكَلامِ الَّذي يَنْعَقِدُ بِهِ النّكاح

قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (سمَّى اللَّهُ تعالى النِّكاحَ في كتابه باسمَيْنِ: النِّكاح، والتَّزويج. ودلت السُّنَّةُ أن الطلاق يقعُ بما يشبِهُ الطلاقَ، ولم نجِدْ في كتاب الله ولا سنّةِ رسوله إحلالَ نكاحٍ إلا بنكاحٍ أو تزويج. والهبةُ لرسول الله ﷺ مجمعٌ أن ينعقدَ له بها نكاحٌ بأن تهبَ نفسها له بلا مهرٍ، وفي هذا دلالةٌ على أن لا يجوزَ النِّكاحُ إلا باسمِ التَّزويجِ والإنكاحِ)[2].

قال الماوردي: وهذا كما قال، النكاح لا ينعقدُ إلا بصريح اللفظ دون كنايته. وصريحه، لفظان: زوجتُك، وأنكحتك. فلا ينعقدُ النكاح إلا بهما، وسواء ذكر فيه مهراً أو لم يذكر. وقال أبو حنيفة: ينعقد النكاح بالكناية كانعقاده بالصريح، فجوز انعقاده بلفظ البيع، والهبة، والتمليك، ولم يجوزه بالإحلال والإباحة، واختلفت الرواية عنه في جوازه بلفظ الإجارة، وسواء ذكر المهر أو لم يذكره. وقال مالك: إن ذكر مع هذه الكنايات المهرُ صحّ. وإن لم يذكره، لم يصح.

واستدلوا على انعقاد النكاح بالكناية برواية معمر، عن أبي حازم، عن سهل بن سعد الساعدي: أن امرأة جَاءَتْ إلى النبي ﷺ فوهبَتْ نفسَها له فصمَتَ ثم عرضَتْ نفسَها عليه فصمَتَ، فلقَدْ رأيتُها ثلاثاً أو قال: هوناً تعرضُ نفسَها عليه وهو صامِتٌ. فقام رجلٌ أحسبُه قال: من الأنصار، فقال: يا رسول الله، إنْ لم يكن لكَ بها حاجة فزوِّجْنِيهَا فقال: لك شيء، قال: لا واللَّهِ يا رسولَ الله قال: اذهَبْ فالتمِسْ شيئاً ولو خاتماً من حديدٍ، فذهَبَ ثم رجعَ فقال: واللَّهِ ما وجدْتُ شيئاً إلا ثوبي هذا أشقُّه بيني وبينها، فلقال النبيّ ﷺ: ما في ثوبِكَ فضلٌ عنك، فهل تقرأُ من القرآنِ شيئاً؟ قال: نعم. قال: ماذا؟ قال: سورَة كذا وكذا. قال: فقد مَلَّكْتُكَها بما معكَ من القرآن، قال: فقد رأيتُهُ يمضي وهي تتبعُه[3]، فدلَّ صريحُ

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٧. والعنوان: الكلام الذي ينعقد به النكاح والخطبة قبل العقد.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٦٧.

(٣) حديث سهل: سبق تخريجه.

هذا الحديث على انعقاد النكاحِ بلفظ التمليكِ، وصار حكمُ الكناية في انعقاده كالصريح. ولأنه عقدٌ يُقصدُ به التمليكُ، فجاز أن ينعقدَ بلفظ التمليك كالبيع. أو لأنه عقدٌ يُستباحُ به البضْعُ، فجاز أن يُستفاد بلفظ الهبة كتملُّكِ الإماء. ولأن ما انعقد به نكاح النبي، انقعد به نكاح أمته كالنكاح. ولأنه أحد طرفي النكاح، فجاز أن يستفاد بالصريح والكناية كالطلاق. ولأنه ينعقد بالعجمية، لأنها في معنى العربية، فدل على أن المقصود في العقد معنى الفعل دون اللفظ والتمليك في معنى النكاح، فصح به العقد.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَها لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾[1]، فجعلَ اللَّهُ تعالى النِّكاحَ بلفظِ الهبة خالصاً، لرسول الله ﷺ دن أمته.

فإن قيل: فالآية تدل على أن النبي ﷺ أراد أن يجعلها الله تعالى خالصة له من دون المؤمنين، وليس في الآية أمر من الله تعالى به، ولا إذن فيه، فلم يكن في مجرد الطلبة دليل على الإجابة.

قيل: قد اختلف الناس، هل كان عند النبي ﷺ امرأة وهبت نفسها له؟ فذهب الجمهور: إلى أنه قد كان عنده امرأة وهبت نفسها له، واختلفوا فيها على ثلاثة أقاويل:

أحدها: أنها أم شريك، قاله عروة بن الزبير.

والثاني: إنها خولة بنت حكيم، قالته عائشة.

والثالث: أنها زينب بنت خزيمة أم المساكين، قاله الشعبي.

فعلى هذا لو لم يكن في الآية دليل على الإجابة إلى ما سأله من التخصيص، لكان فعله دليلاً عليه. وقال آخرون: لم يكن عند النبيّ ﷺ امرأة وهبت نفسها له، وهذا قول ابن عباس ومجاهد.

ومن قال بالأول، فهو بقراءة من قرأ بالفتح أن وهبت. ومن قال بقول ابن عباس، فعلى قول من قرأ بالكسر: إن وهبت على المستقبل، وتأويله على هذا: أن يكون سياق الآية دليلاً على التخصيص، لأن قوله: ﴿وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾[2] حكاية للحال. وقوله: ﴿إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا﴾ إخبار عن حكم الله. ثم قال: ﴿خَالِصَةً لَكَ

---

(١) سورة الأحزاب، الآية: ٥٠.

(٢) سورة الأحزاب، الآية: ٥٠.

مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾[١] مواجهة من الله تعالى له بالحكم من أن يكون من رسوله ﷺ طلب، فلم يجز أن يكون محمولاً إلا على ابتداء الحكم وبيان التخصيص.

فإن قيل: إنما خص بسقوط المهر ليكون اختصاصه به مفيداً، ولم يخص أن يعقد بلفظ الهبة لأن اختصاصه به غير مفيد. قيل: بل هو محمول على اختصاصه بالأمرين، اعتباراً بعموم الآية ليكون اختصاصه بحكم اللفظ في سقوط المهر هو المفيد لاختصاصه بنفس اللفظ، لأنه لو انعقد نكاح غيره بهذا اللفظ لتعدي حكمه إلى غيره فيبطل التخصيص. ويدل على ما ذكرنا من طريق السنة ما رواه أبو شيبة، عن الحكم، عن مِقْسم، عن ابن عباس، قال: قال رسول الله ﷺ في حجة الوداع: «إن النساء عوانٌ عندكُمْ لا يملكْن مِنْ أمورهنَّ شيئاً، إنّكم إنما أخذتموهُنَّ بأمانةِ اللَّهِ، واستحْلَلْتُمْ فروجَهُنَّ بكتاب اللَّهِ، ولهنَّ عليكُم رزقُهُنَّ وكسوتُهُنَّ بالمعروفِ، ولكن عليهُنَّ أن لا يوطئْنَ فرشكم أحداً، وأن لا يأذنَ في بيوتِكُم لأحدٍ تكرهونه، فإنْ فعلْنَ من ذلك شيئاً فقد حلَّ لكُم أن تضربُوهُنَّ ضرباً غير مبرحٍ، ألا هل بلَّغْتُ؟» قالوا: اللَّهُمَّ نعم قال: «اللَّهُمَّ فاشْهَدْ»[٢].

فموضع الدليل من هذا الحديث قوله: «واستحْلَلْتُمْ فروجَهُنَّ بكتابِ اللَّهِ» وليس في كتاب الله إلا لفظُ النكاحِ والتزويجِ، فدلَّ على أنه لم يستحلَّ الفروج إلا بهما، ويدلُّ عليه من القياس أنه عقدٌ على منفعةٍ، فلم ينعقدْ بلفظ الهبة الإجارة، ولأنه عقدُ معاوضةٍ فلم ينعقد بلفظ الهبة كالبيع.

ولأن لفظ الهبة موضوع لعقد لا يتم إلا بالقبض، فلم ينعقد به النكاح كالرهن. ولأنه أحد طرفي العقد، فلم يصح بلفظ الهبة كالطلاق. ولأن ما كان صريحاً في عقد، لم يكن صريحاً في غيره كالإجارة والبيع. ولأن ما لم يكن صريحاً في النكاح، لم ينعقد به النكاح كالإباحة والإحلال. ولأن هبة المنافع إن لم يكن معها عوض، فهي كالعارية، وإن كان معها عوض جرى مجرى الإجارة عندهم. والنكاح لا ينعقد بالعارية والإجارة، فكذلك بما اقتضاهما من الهبة. ولأن الحقيقة في عقد لو صارت حقيقة في غيره لبطلت حقائق العقود، ولأن لفظ الكتابة يقوم مقام الصريح بالنية، وهي ما لا يعلمها الشهود المشروطون في

---

(١) سورة الأحزاب، الآية: ٥٠.

(٢) حديث جابر: وقد ورد في الحج. وفيه وصف لحجة النبي ﷺ أخرجه مسلم في الحج: (١٢١٨) وأبو داود (١٩٠٥)، وأحمد: ٥/ ٧٣.

النكاح إلا بالأخبار، فلم ينعقد به النكاح كالإقرار. ولأن البيع والهبة ينافيان النكاح بدليل: أن من تزوج أمة ثم ابتاعها أو استوخبها، بطل نكاحها، وما نافى النكاح لم ينعقد به النكاح كالطلاق. ولأنه لفظ يوضع لإسقاط ما في الذمم، فلم ينعقد به النكاح كالإبراء. ولأنه لو انعقد النكاح بلفظ البيع، ما انعقد البيع بلفظ النكاح، وفي امتناعها هذا إجماعاً امتناع ذلك حجاجاً.

فأما الجواب عن قوله: «قد ملكتكها بما معكَ من القرآن»، فهو أن أبا بكر النيسابوري، قال: وهَمَ فيه معمر، فإنه ما روي «قد ملكتكها» إلا معمر عن أبي حازم، وقد روى مالك، وسفيان بن عيينة، وحماد بن زيد، وعبد العزيز بن محمد الدراوردي، وفضيل بن سليمان، عن أبي حازم، عن سهل بن سعد، عن النبيّ ﷺ أنه قال: «زوَّجْتُكَهَا بما معكَ من القرآنِ»[1] وهذه الرواية أثبت لكثرة عدد الرواة، فإنهم خمسة علماء، ثم تستعمل الروايتان، فتحمل رواية من روى «قد زوجتكها» على حال العقد. ومن روى «قد ملّكتكها» على الاخبار بعد العقد عما ملكه بالعقد.

وأما الجواب عن قياسهم على أحكام البيع بأنه عقد يقصد به التمليك، فهو أن لأصحابنا في عقد البيع بلفظ التمليك وجهان:

أحدهما: لا يصح، لأن التمليك من أحكام البيع، فلم ينعقد به البيع، فعلى هذا يبطل الأصل.

والثاني: أن البيع ينعقد به. فعلى هذا يكون المعتبر في انعقاد البيع بلفظ التمليك وجوب التمليك فيه على عمومه وقصوره في النكاح على العموم، لأنه يملك كل المبيع ولا يملك من المنكوحة إلا الاستمتاع، وهكذا الجواب عن قياسهم على شراء الإماء.

وأما تعليلهم بنكاح النبي فعنه جوابان:

أحدهما: أنه تعليل يدفع النص فكان مطرحاً.

---

(١) حديث سهل بن سعد السّاعدي: أخرجه مالك في الموطأ: ٢/٥٢٦ وفيه: فقال رسول الله ﷺ: «هل معك من القرآن شيئاً؟» قال: نعم، سورة كذا وكذا، وسورة كذا لسورٍ سمّاها، فقال رسول الله ﷺ: «قد زوّجتكها بما معك من القرآن»، والشافعي في مسنده: ٢/٧ و٨، والبخاري (٢٣١٠) و(٥١٣٥)، وأبو داود (٢١١١)، والترمذي (١١١٤)، وأحمد: ٥/٣٣٦، والبيهقي: ٧/١٤٤ و٢٣٦، والطحاوي: ٣/١٦ ـ ١٧، والبغوي (٢٣٠٢).

والثاني: أنه لما خص بسقوط المهر جاز أن يكون مخصوصاً باللفظ الذي يقتضي سقوط المهر، ثم المعنى في لفظ النكاح أنه صريح فيه، والبيع والهبة صريحان في غيره.

وأما قياسهم على الطلاق في وقوعه بالصريح والكناية فالفرق بينهما وهو: أن النكاح قد غلظ بشروط لم تعتبر في الطلاق، فلم يصح قياسه عليه في تخفيف شروطه، على أن في النكاح شهادة مشروطة لا تتحقق في النكاية، فلم تنعقد في الكناية، وليس في الطلاق شهادة مشروطة فوقع بالكناية.

وأما استدلالهم بعقده بالعجمية فشرح مذهبنا فيه بيان الانفصال عنه وفيه لأصحابنا ثلاثة أوجه:

أحدها: حكاه أبو حامد الاسفرائيني ولم يتابعه عليه أحد: أنه لا ينعقد بالعجمية، سواء كان عاقده يحسن العربية أو لا يحسنها، كما أن القراءة لا تجوز بالعجمية، وإن كان لا يحسن العربية فعلى هذا سقط السؤال.

والوجه الثاني: وهو مشهور قاله جمهور أصحابنا: أنه ينعقد بالعجمية، سواء كان عاقده يحسن العربية أو لا يحسنها، لأن لفظه بالعجمية صريح، فخرج عن حكم الكناية بالعربية، لأن في كناية العربية احتمال وليس في صريح العجمية احتمال، وخالف القرآن المعجز، لأن إعجازه في نظمه، وهذا المعنى يزول عنه إذا عدل عن لفظه العربي إلى الكلام العجمي.

والوجه الثالث: وهو قول أبي سعيد الاصطخري: أنه إن كان عاقده يحسن العربية لم ينعقد بالعجمية وإن كان لا يحسن العربية انعقد بالعجمية، كأذكار الصلاة تجزىء بالعجمية لمن لا يحسن العربية ولا تجزىء لمن أحسنها. فعلى هذا، لا يجوز أن يجمع بين حال القدرة والعجز والعدل عن صريح النكاح إلى كنايته قادر، والعدل عنه إلى العجمية عاجز، فافترقا.

فإذا قيل بالوجه الأول: إنه لا ينعقد بالعجمية مع القدرة والعجز، كان عاقده إذا لم يحسن العربية بالخيار بين: أن يوكل عربياً في عقده، وبين أن يتعلم العربية فيعقد بنفسه.

وإذا قيل بالوجه الثاني: أنه ينعقد بالعجمية مع القدرة والعجز، فهو الخيار إذا كان يحسن العربية بين: أن يعقده بالعربية وهو أولى لأنه لسان الشريعة، وبين أن يعقده بالفارسية. وبأي اللسانين عقده فلا يصح حتى يكون شاهداً عقده يعرفانه، فإن عقده

بالعربية وشاهداه عجميان أو عقده بالعجمية وشاهداه عربيان لم يجز، لأنهما إذا لم يعرفا لسان العقد لم يشهدا عليه إلا بالاستخبار عنه، فجرى بينهما مجرى الكناية.

وإذا قيل بالوجه الثالث: إنه ينعقد بالعجمية مع العجز ولا ينعقد بها مع القدرة، فلا يخلو حال الولي الباذل والزوج القابل من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكونا عربيين فلا ينعقد النكاح بينهما إلا بالعربية.

والحال الثانية: أن يكونا عجميين، فلا ينعقد النكاح بينهما أن باشراه بأنفسهما إلا بالعجمية.

والحال الثالثة: أن يكون أحدهما عربياً، والآخر أعجمياً، فلا ينعقد النكاح بينهما بالعربية، لأن العجمي لا يحسنها ولا بالعجمية، لأن العربي لا يحسنها، فكانا بالخيار بين أمرين: أن يوكلا من يعرف أحد اللسانين، وبين أن يتعلم العجمي منهما العربية، فيجتمعان على عقده بها. ولا يجوز أن يتعلم العربي العجمية ليجتمعا على عقده بها، لأن من أحسن العربية لا يجوز له العقد بالعجمية، ويجوز لمن يحسن العربية أن يعقده بالعربية.

فإن قيل: فهلا اختص العربي فيه باللفظ العربي، وتفرد العجمي باللفظ العجمي.
قيل: لا يجوز، لأن كل واحد منهما لا يعرف لفظ صاحبه فيقابله عليه والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (والفَرْجُ محرَّمٌ قَبْلَ العَقْدِ فلا يحلُّ أبداً إلا أن يقولَ الوليُّ: زوجْتُكُها أو أنكحْتُكها ويقولُ الخاطِبُ: قد قبلْتُ تزويجَها أو نِكاحها أو يقول الخاطب: زوِّجْنيها فيقول الوليُّ: قد زوجتكها، فلا يحتاجُ في هذا أن يقولَ الزوجُ قد قبلتُ تزويجَها)[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إعلمْ أنّ عقد النكاح بعد حضوره الولي والشاهدين لا يتم إلا بثلاثة شروط.

أحدها: تعيين المنكوحة.

والثاني: تعيين اللفظ.

والثالث: صفة العقد.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٧.

فأما تعيين المنكوحة فيجب أن يكون بما تتميز به عن غيرها، وذلك قد يكون بأحد ثلاثة أشياء:.إما بالإشارة، وإما بالاسم، وإما بالصفة.

فأما الإشارة فلا تكون إلا حاضرة، فيقول: زوَّجْتُكَ هذه المرأة، فيصحُّ النكاحُ عليها، وإن لم يذكر لها إسماً ولا نسباً، لأنها قد تميزت بالإشارة اسماً أو نسباً أو صفة، فلذلك حالان: موافق، ومخالف.

فإن كان موافقاً، فقد أكد الإشارة بما قرنه بها من موافقة الاسم والنسب والصفة.

وإن كان مخالفاً بأن سماها حفصة بنت زيد، وهي عمرة بنت بكر، أو وصفها بالطويلة وهي قصيرة، صح العقد بالإشارة إليها، ولم يؤثر فيه مخالفة الاسم والنسب والصفة، لأن الإشارة أبلغ من التعيين من كل نسب وصفة.

وأما الإسم، فقد تتعين به الغائبة إذا لم يشاركها فيه غيرها، وهو في الأغلب إذا انفرد عن نسب لا يقع به التمييز. فإن قرن به النسب، نظر: فإن لم يشاركها فيه غيرها من النساء تميزت به، وصح العقد عليها بما تميزت به من الاسم والنسب، وإن لم ينو الزوج والولي الإشارة إلى المنكوحة، وإن لم يتميز الاسم والنسب عن غيرها من النساء لمشاركتها فيه لغيرها، نظر: فإنْ نوى الزوج والولي في نفوسهما الإشارة إلى المنكوحة، صحَّ العقد، وعلى هذا أكثر عقود المناكح. وإن لم ينويا ذلك أو واحد منهما، لم يصح العقد لاشتباه المنكوحة بغيرها، وصار بمثابة قوله: قد زوجتك امرأة.

وأما الصفة فلا تكون بانفرادها مميزة للمنكوحة من غيرها، لاشتراك الناس في الصفات حتى يقترن بها ما يقع به التمييز من اسم أو نسب ونية المتناكحين، فيصح العقد عليها حينئذ. والصفة إنما تراد عند اشتباه الأنساب، ليقع به التمييز مثل: قد زوَّجتك بنت زيد بن خالد وله بنات، فيميز المنكوحة منهن. إما بالاسم إذا لم يشتركن فيه، فيقول: حفصة، أو عمرة. وإما بالصفة إذا لم يشتركن فيها فيقول: الطويلة، أو القصيرة، أو يقول: السوداء، أو البيضاء. أو يقول: الصغيرة، أو الكبيرة. فتصير الصفة مميزة للمنكوحة، ولولاها لاشتبهت. وإذا كان كذلك وأراد أن يزوج بنته، فإن لم يكن له إلا بنت واحدة جاز أن يقول: زوَّجتك بنتي، ولا يذكر لها اسماً ولا صفة، لأنها قد تعينت في العقد فصحّ. فإن ذكر مع ذلك اسماً أو صفة فقال: بنتي حفصة، أو قال: بنتي الطويلة، فقد أكد أن وافق الاسم والصفة ويؤثر فيه إن خالف الاسم والصفة قوله: عمرة، وقد سماها حفصة، وكانت

قصيرة وقد وصفها طويلة، لأن الاسم قد ينتقل والقصيرة قد تكون طويلة بالإضافة إلى من هي أقصر منها.

وإن كان للأب المزوج عدة بنات، لم يصح العقد بأن يقول زوجتك بنتي حتى يميزها عن سائرهن، إما بنية يتفق الأب والزوج بها على إرادة إحداهن بعينها، وأما باسم وصفة فيقول: بنتي حفصة، فتصير بالاسم متميزة. أو يقول: بنتي الصغيرة، فتصير بالصفة متميزة، فيصح العقد حينئذ عليها. فإن جمع بين الاسم والصفة فذلك ضربان:

أحدهما: أن يكون متفقاً، فيقول: قد زوجتك بنتي حفصة الصغيرة، والصغيرة هي حفصة، والكبيرة هي عمرة، فيسمّ المنكوحة باسمها ويصفها بصفتها، فقد أكد الاسم بالصفة، فكان أبلغ في التمييز.

والضرب الثاني: أن يكون مخالفاً فسمى الموصوفة بغير اسمها، ووصف المسماة بغير صفتها، لأن حفصة هي الكبيرة وقد وصفها بالصغيرة، وعمرة هي الصغيرة وقد وصفها بالكبيرة، فيكون المعوّل على الصفة دون الاسم، لأن الصفة لازمة، والاسم منتقل فيقع العقد على الصغيرة التي اسمها عمرة. وإن سمى في العقد حفصة، فلو ميز المنكوحة من بناته فقال: زوّجتك بنتي الصغيرة الطويلة، فإن وافقت الصفتان فقد أكد إحدى الصفتين بالأخرى، فكان أبلغ في التمييز. وإن خالفت الصفتان فالنكاح باطل، لأن كلا الصفتين لازمتان، وليس اعتبار أحدهما في تمييز المنكوحة بأولى من اعتبار الأخرى؛ فصارت المنكوحة منهما مجهولة، فلذلك النكاح والله أعلم بالصواب.

فصل: وأما الشرط الثاني وهو تعيين اللفظ الذي ينعقد به النكاح، فلفظتان لا ينعقد النكاح إلا بهما وهما: النكاح، والتزويج، لأن كتاب الله تعالى قد جاء بهما.

أما النكاح فقوله سبحانه: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾[1] وأما التزويج فقوله سبحان وتعالى: ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وطَراً زَوَّجْنَاكَهَا﴾[2] لأن معناهما في اللغة متشابهان. أما التزويج فهو ضم شكل إلى شكل، ومنه قولهم: أحد زوجي الخف، وأحد زوجي الحمام إذا أريد واحد من اثنين متشاكلين، فإن أريدا معاً قيل: زوج الخف وزوج الحمام.

---

(١) سورة النساء، الآية: ٣.

(٢) سورة الأحزاب، الآية: ٣٧.

وأما النكاح ففيه قولان:

أحدهما: أنه كالتزويج، ضم شكل إلى شكل ومنه قولهم: أنكحنا الفرا فسنرى. أي جمعنا بين حمار الوحش وأتانه، فسنرى ما يولد منهما. وقال عمر بن أبي ربيعة العامري:

أيها المنكح الثريا سهيلا عمرك الله كيف يلتقيان
هي شامية إذا ما استقلت وسهيل إذا استقل يمان

أي: لما لم يكن أن يجتمعا، لم يجز أن يتناكحا.

والقول الثاني: أنه لزوم شيء لشيء، ومنه قول الماجشون: استنكحه المدني، أي لزمه فسمي النكاح نكاحاً، للزوم أحد الزوجين لصاحبه. وليس في معنى هاتين اللفظتين غيرهما، فصار تعليلهما غير متعد للنص عليهما. وإذا كان كذلك، فالولي والزوج مخيران في أن يعقداه بلفظ التزويج، فيقول الولي: قد زوَّجْتُك ويقول الزوج: قد قبلت تزويجها، أو يعقداه بلفظ النكاح فيقول الولي: قد أنكحتك، ويقول الزوج: قد قبلت نكاحها. أو يعقده أحدهما بلفظ النكاح، والآخر بلفظ التزويج، فيقول الولي: قد زوجتك، ويقول الزوج: قد قبلت نكاحها، فيكون العقد بأي هذه الألفاظ عقداً صحيحاً.

فصل: وأما الشرط الثالث وهو: صفة العقد وكيفيته. فقد ينعقد على أحد وجهين:

أما بالبذل والقبول.

وأما بالطلب والإيجاب.

ولهما ثلاثة أوجه:

أحدهما: أن يعقداه بلفظ الماضي.

والثاني: بلفظ المستقبل.

والثالث: بلفظ الأمر.

فإن عقداه بلفظ الماضي فضربان:

أحدهما: أن يعقداه بالبذل والقبول.

والثاني: بالطلب والإيجاب.

فأما إذا عقداه بالبذل والقبول، فهو أن يبدأ الولي فيقول: قد زوجتك بنتي على

صداق ألف درهم، ويقول الزوج: قد قبلت نكاحها على هذا الصداق، فيكون ما ابتدأ به الولي بدلاً، وما أجابه الزوج به قبولاً.

وإذا كان هكذا، فللزوج في قبوله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يقول: قبلت نكاجها على هذا الصداق.

والثاني: أن يقول: قبلت نكاحها، ولا يذكر الصداق.

والثالث: أن يقول: قبلت، ولا يذكر النكاح ولا الصداق.

فأما الحال الأولى وهو أن يقول: قبلت نكاحها على هذا الصداق، فقد انعقد النكاح على الصداق المسمى إذا كان قبول الزوج على الفور من بذل الولي، ولو قال الزوج: قبلت نكاحها على صداق خمسمائة، وقد بذلها الولي له بصداق ألف، انقعد النكاح، ولم يلزمه فيه أحد الصداقين، وكان لها مهر المثل، لأن الألف لم يقبلها الزوج، والخمسمائة لم يرض بها الولي.

وقال أبو حنيفة: ينعقد على صداق خمسمائة لأنها أقلّ، فصارا مجتمعين عليها، وإن تفرد الولي بالزيادة، وهذا خطأ لما ذكرنا.

وأما الحال الثانية: وهو أن يقول: قبلت نكاحها، ولا يذكر قبول الصداق، فيصح النكاح بقبوله، ولا يلزمه المسمى لأنه لم يذكره في القبول، ويكون لها مهر المثل.

وقال أبو حنيفة: يلزم فيه الصداق المسمى بقبول النكاح، والذي يضمنه كالبيع إذا قال: بعتك عبدي بألف، فقال المشتري: قبلت هذا البيع، لزمه ذلك الثمن وإن لم يصرح به في قبوله، كذلك النكاح.

وهذا خطأ، لأن البيع لا يعقد إلا بثمن، فكان قبوله البيع قبولاً لما تضمنه من الثمن، وإن لم يصرح به في قبوله، وليس كذلك النكاح لأنه قد يصح بغير صداق، فلم يكن قبوله النكاح قبـولاً لما تضمنه من الصداق حتى يصرح به في قبوله.

وأما الحال الثالثة: وهو أن يقول: قبلت، ويمسك فلا يذكر النكاح ولا الصداق في قبوله ففيه قولان:

أحدهما: وهو ظاهر كلامه ها هنا، وقد نص عليه صريحاً في كتاب الأم[١]، ورواه البويطي، وقاله جمهور أصحابنا: أن النكاح باطل.

والقول الثاني: قاله في كتاب التعريض بالخطبة من كتاب الآمالي: أن النكاح صحيح، وبه قال أبو حنيفة، استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أن قوله: قبلت، إنما هو جواب للبذل الصريح، وجواب الصريح يكون صريحاً كقوله تعالى: ﴿فَهَلْ وَجَدْتُم مَّا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُوا نَعَمْ﴾[٢] أي: نعم وجدناه حقاً. وكقوله: ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ﴾[٣] أي: بلى أنت ربنا. وكما لو ادعى رجل على رجل ألف درهم، فسأله الحاكم عنها وقال: أَلَهُ عليك ألف درهم؟ فقال: نعم، كان إقراراً منه بالألف، وجرى مجرى قوله: نعم علي ألف، فكذلك يجب أن يكون قوله في النكاح قد قبلت بعد تقدم البذل الصريح قبولاً صريحاً، فجرى مجرى قوله: قبلت نكاحها.

والثاني: أن البذل والقبول معتبران في عقد النكاح كاعتبارهما في عقد البيع، ثم ثبت أنه لو قال البائع: بعتك عبدي هذا بألف، فقال المشتري: قبلت، أن البيع قد انعقد وجرى ذلك مجرى قوله قبلت هذا البيع، وجب أن يكون النكاح بمثابته إذا قال الولي: قد زوجتكها، فقال الزوج: قبلت، أن ينعقد النكاح، ويجري مجرى قوله قبلت نكاحها. فعلى هذا القول، إذا جعلناه قبولاً صريحاً يكون قبولاً للنكاح والصداق جميعاً، لأن القبول مطلق فرجع إلى جميع ما تقدم من ذكر النكاح والصداق، وخالف قوله قبلت نكاحها، حيث جعلناه راجعاً إلى قبول النكاح الذي سماه دون الصداق الذي أغفله، لأن مع التسمية يصير تخصيصاً، ومع الإطلاق يكون عموماً.

وإذا قيل بالقول الأول: أن النكاح باطل وهو أصح القولين، فدليله ما قدمناه من أن عقد النكاح لا يتم إلا بصريح اللفظ دون المعنى. وقوله: قبلت، فيه معنى التصريح، وليس بصريح، فلم ينعقد به النكاح، وجاز أن ينعقد به البيع، لأنه يتم بالصريح وبمعنى الصريح، بخلاف النكاح. وليس إطلاق جواب الصريح يكون صريحاً في جميع الأحوال، ألا ترى لو قالت امرأة لزوجها: طلِّقني ثلاثاً فقال: نعم، لم يكن ذلك صريحاً في طلاقها،

---

(١) قول الشافعي في الأم، باب الكلام الذي ينعقد به النكاح وما لا ينعقد: ٥/ ٣٧ ـ ٣٨.
(٢) سورة الأعراف، الآية: ٤٤.
(٣) سورة الأعراف، الآية: ١٧٢.

وإن كان جواباً. ولو قال: نعم أنت طالق، لم يكن ثلاثاً. وإن سألته ثلاثاً، فلم يسلم الاستدلال لما ذكرنا من الفرق بينهما، ولا كان إطلاق الجواب كالصريح لما ذكرنا.

فأما إذا قرر النكاح بينهما وسيط من حاكم أو خطيب، فقال للولي: زوَّجْتَه فلانة، فقال: نعم. وقال للزوج: قبلت نكاحها، فقال: نعم، لم ينعقد النكاح قولاً واحداً، لأن صريح اللفظ لم يوجد من واحد منهما.

وقال أبو حنيفة: ينعقد، بناء على أصله واعتباراً بالبيع، في أن رجلاً لو قال للبائع: بعته عبدك هذا بألف، فقال: نعم. وقال للمشتري: اشتريته بألف؟ فقال: نعم، أن البيع منعقد، فكذلك النكاح.

وهذا خطأ، لما ذكرناه من أن معنى الصريح لا يقوم في النكاح مقام الصريح، ويقوم في البيع مقام الصريح. ولأن النكاح لما خالف البيع في تغليظه بالولي والشاهدين، خالفه في تغليظه بصريح اللفظ دون معناه. ولأن قوله نعم، إقرار وبضع المنكوحة لا يملك بالإقرار، فهذا حكم عقد النكاح بالبذل والقبول.

فصل: فأما عقده بالطلب والإيجاب، فهو أن يبذل الزوج فيقول للولي: زوِّجني بنتك على صداق ألف، فيقول الأب: قد زوجتكها على هذا الصداق، فيصح العقد، ولا يحتاج الزوج أن يعود فيقول: قد قبلت نكاحها، ووافقنا أبو حنيفة عليه.

وكذلك في البيع إذا ابتدأ المشتري فقال: يعني عبدك هذا بألف، فقال: قد بعتك هذا العبد بها، صح البيع ولم يحتج المشتري أن يقول بعده قد قبلته.

وخالفنا أبو حنيفة في البيع فقال: لا يصح حتى يعود المشتري فيقول: قد قبلت، بخلاف النكاح. وهذا خطأ، لأن شروط النكاح أغلظ من شروط البيع، فكان ما صح به النكاح أولى أن يصح به البيع. فإذا صح ما ذكرنا من تمام العقد بالطلب والإيجاب كتمامه بالبذل والقبول، فإن البذل هو ما ابتدأ به الولي والقبول ما أجاب به الزوج.

وإن الطلب ما ابتدأ به الزوج والإيجاب ما أجاب به الولي، فيكون النكاح منعقداً من جهة الولي على أحد وجهين: إما بالبذل إن كان مبتدياً، أو بالإيجاب إن كان مجيباً، ومن جهة الزوج منعقداً على أحد وجهين: إما بالطلب إن كان مبتدياً، أو بالقبول إن كان مجيباً. فصار طلب الزوج في الابتداء قبولاً في الانتهاء، وقبوله في الانتهاء طلباً في الابتداء، وصار

بذل الولي في الابتداء إيجاباً في الانتهاء، وإيجابه في الانتهاء بذلاً في الابتداء. وإذا كان كذلك، لم يخل إيجاب الولي بعد طلب الزوج من ثلاثة أحوال كما ذكرنا في قبول الزوج بعد بذل الولي.

أحدها: أن يقول الولي قد زوجتكها على هذا الصداق الذي بذلته، فينعقد النكاح على الصداق الذي سماه الزوج وهو ألف.

والحال الثانية: أن يقول الولي: قد زوجتكها، ولا يقول على هذا الصداق، فيصح العقد ولا يلزم فيه ذلك المسمى من الصداق، لأن الولي ما صرح بالإجابة إليه، وعند أبي حنيفة: يكون منعقداً على الصداق المبذول. وإذا بطل المسمى عندنا، كان لها مهر المثل. فلو كان الأب قال: قد زوجتكها على صداق، ألفين، لم يلزم واحد من الصداقين، وكذا عند أبي حنيفة، ويكون لها مهر المثل.

ولو كان الأب قال قد زوجتكها على صداق خمسمائة لم يلزم واحد من الصداقين عندنا، وقال أبو حنيفة: يلزم أقلهما، ويصير الأب مبرياً له من الزيادة.

والحال الثالثة: أن يقول الولي بعد طلب الزوج: قد فعلت، أو يقول: قد أجبتك، ولا يقول قد زوجتكها، فلا ينعقد النكاح عندنا قولاً واحداً، بخلاف ما ذكرنا من القولين في قبول الزوج. والفرق بينهما: أن الولي هو المملك لبضع المنكوحة، والزوج هو المتملك، فكان اعتبار الصريح في لفظ الملك أقوى من اعتباره في لفظ المتملك، وعند أبي حنيفة: يكون النكاح منعقداً على أصله.

فصل: فإذا ابتدأ الولي فقال: تزوجت بنتي على صداق ألف، فقال الزوج: قد تزوجتها على هذا الصداق، لم يصح العقد حتى يعود الولي فيقول: قد زوجتكها، لأن قوله في الابتداء تزوجت بنتي ليس ببذل منه ولا إجابة، وإنّما هو استخبار، والنكاح لا ينعقد من جهة الولي إلا بالبذل إن كان مبتدياً، أو بالإجابة إن كان مجيباً. وإذا كان كذلك صار ما ابتدأ به الولي من الاستخبار غير مؤثر في العقد، ويكون جواب النكاح طلباً، فكذلك ما افتقر إلى إيجاب الولي بأن يعود فيقول: قد زوجتك، فيصير النكاح منعقداً بالطلب والإيجاب.

وهكذا لو ابتدأ الزوج فقال للولي: زوِّجني بنتَكَ، فقال: قد زوجتكها، لم يصح العقد، لأن ما ابتدأ به الزوج استخبار، والعقد لا يتم من قبل الزوج إلا بالطلب إن كان مبتدياً، أو بالقبول إن كان مجيباً، وليس استخباره طلباً ولا قبولاً. فإن عاد الزوج فقال: قد

قبلت تزويجها، صح العقد حينئذ بالبذل والقبول، فهذا حكم العقد باللفظ الماضي في البذل والقبول وفي الطلب والإيجاب.

فصل: وأما عقده باللفظ المستقبل فمثاله، إن بذل الولي أن يقول: أزوجك بنتي، فيقول الزوج: أتزوجها، فلا يصح العقد بقول الولي ولا بقول الزوج، لأن قول كل واحد منهما وعد بالعقد وليس بعقد.

ولو كان الزوج قال: قد تزوجتها، صار قوله طلباً، وإن كان قول الولي وعداً. فإن عاد الولي فقال: قد زوجتكها، صح العقد بالطلب والإيجاب. ولو بدأ الزوج فقال للولي: أتزوج بنتك، فقال الولي: أزوجكها، لم يصح العقد بقول واحد منهما، لأن قول كل واحد منهما وعد بالعقد وليس بعقد.

ولو كان الولي قال: قد زوجتك، صار قولاً بذلاً، فإن عاد الزوج فقال: قد قبلت تزويجها، صح العقد بالبذل والقبول. وهكذا إن دخل على اللفظ المستقبل حرف الاستفهام فقال الولي: أزوجك بنتي؟ أو قال الزوج: أتزوج بنتك؟ لم يصح العقد بواحد من اللفظين، لأنه استفهام للوعد، فكان أضعف من مجرد الوعد. فإن تعقبه من أحدهما ما يكون بدلاً أو طلباً روعي في مقابلة الطلب الإيجاب، وفي مقابلة البذل القبول.

فصل: وأما عقده بلفظ الأمر، فمثاله إن بدأ الولي أن يقول: تزوَّجْ بنتي، فيقول الزوج: قد تزوجْتُها، فلا يصح العقد حتى يعود الولي فيقول: قد زوجتُكها. ولو بدأ الزوج فقال للولي: زوِّجْنِي بنتَك، فقال: قد زوجتكها، صح العقد ولم يحتج الزوج أن يعيد بعده قبولاً.

والفرق بين ما ابتدأ به الولي من لفظ الأمر أنه لا يصح به العقد، وبين ما ابتدأ به الزوج من لفظ الأمر أنه يصح به العقد: أن المراعى من جهة الولي البذل إن ابتدأ، والإيجاب إن أجاب، وليس في أمره بذل ولا إيجاب، فلم يصح به العقد. والمراعى من جهة الزوج الطلب إن ابتدأ، والقبول إن أجاب، وأمره يتضمن الطلب وإن لم يتضمن القبول، فصح به العقد، وتم الطلب والإيجاب.

فصل: فإذا صح ما ذكرنا من صفة العقد وكيفيته فلتمامه وإبرامه ثلاثة شروط:

أحدها: أن يكون قبول الزوج على الفور من بذل الولي، فإن تراخى ما بينهما

بسكوت وإن قلَّ لا يصح العقد إلا ليكون لبلع ريقٍ أو انقطاع نفس، فيصح العقد. وإن تخللته هذه السكتة، لأنه لا يمكن الاحتراز منها.

والشرط الثاني: أن لا يكون بين بذل الولي وقبول الزوج كلام ليس ببذل ولا قبول، فإن تخلل بينهما كلام ليس منها لم يصح العقد، لأن خروجهما إلى غيره من الكلام قطع بحكم ما تقدم. ولكن لو قال الولي: قد زوجتك بنتي فاقبلِ النِّكاحَ مِنّي، لم يكن هذا قطعاً لحكم بذله، لأنه حث منه على القبول. وهكذا لو قال: زوَّجْتُكَ بنتي، فقل لي قد قبلت نكاحها، لم يكن قطعاً لحكم بذله، لأنه تفسير لقوله فاقبل النكاح مني. فأما إذا قال: زوجتك بنتي فاحسِنْ إليها، أو قال: فاستوصِ بها خيراً، كان هذا قطعاً لبذله، لأنها قضية لا تتعلق بالبذل ولا بالقبول. ولكن لو قال: قد زوجت على ما أمرَ الله تعالى به من إمساكٍ بمعروف أو تسريح بإحسان، صحَّ العقد ولم يكن ذلك قطعاً، لأنه وإن تضمن معنى الوصية فهو بيان الحكم البَذل والقبول.

والشرط الثالث: أن يكون الولي عند قبول الزوج من أهل العقد، فإن قبل الزوج وقد مات الولي أو جنّ أو أغمي عليه، لم يصح العقد لبطلان بذله بخروجه من أهل العقد.

فإذا تكاملت شروط العقد على ما وصفنا فقد انعقد ناجزاً لا يثبت فيه لواحد من الزوجين خيار المجلس بالعقد، ولا خيار الثلاث بالشروط بخلاف البيع، لأن الخيار موضوع لاستدراك المعاينة في الأعواض، وليس النكاح من عقود المعاوضات لجوازه مع الإخلال بذكر العوض من الصداق، فإن شرط فيه خيار الثلاث أبطله.

وقال أبو حنيفة: يبطل الخيار ولا يبطل النكاح وهذا خطأ لأن الشروط المنافية للعقود تبطلها كالشروط في سائر العقود والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وأحبُّ أن يقدِّمَ بين يدي خطبتهِ وكلِّ أمرٍ طلبَهُ سوى الخطبة، حمدَ الله والثّناءَ عليهِ، والصّلاةَ على رسول الله ﷺ والوصية بتقوى اللّهِ تعالى، ثم يخطب. وأحبُّ للولي أن يفعلَ مثلَ ذلك، وأن يقولَ كما قال ابن عمر: انكحْتُكَ على ما أمرَ اللّهُ مِن إمساكٍ بمعروفٍ أو تسريحٍ بإحسان)[(١)].

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٧. والأثر عن ابن عمر أخرجه عبد الرزاق (١٠٤٥٣) وسعيد بن منصور (٦٨٧) و(٦٨٨) و(٦٨٩) والبيهقي: ٧/ ٨٩، وابن أبي شيبة: ٣/ ٢٨٣.

قال الماوردي: اعلم أن خطبة النكاح قبل الخطبة سنة مستحبة وليست بواجبة، وقال أبو عبيد القاسم بن سلام، وداود بن علي: خطبة النكاح واجبة. استدلالاً برواية الأعرج، عن... أبي سلمة، عن أبي هريرة، أن النبيّ ﷺ قال: «كلُّ أمر ذي بالٍ لم يبدأ فيه بحمدِ الله فهو أبتر»[١]. ولأن النبي ﷺ ما عقد لنفسه نكاحاً إلا بعد خطبة. فكان الخاطب في تزويجه. بخديجة عمه أبا طالب. وكان الخاطب في تزويجه بعائشة طلحة بن عبيد الله[٢]، وزوج فاطمة بعلي، فخطبا جميعاً[٣].

ولأنه عمل مقبول قد اتفق عليه أهل الأعصار في جميع الأمصار، فكان إجماعاً لا يسوغ خلافه. ولأن ما وقع به الفرق بين ما يستتر به من الزنى ويعلن من النكاح، كان واجباً في النكاح كالولي والشهود.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه من استحبابها دون وجوبها، وهو قول جمهور الفقهاء، قوله الله تعالى: ﴿فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾[٤] فجعل الإذن شرطاً دون الخطبة.

ولأن النبي ﷺ حين زوّج الواهبة لنفسها من خاطبها قال: «قد زوجتكها بما معكَ من القرآن»[٥] ولم يخطبْ.

وروي أن رجلاً من بني سليم خطبَ من رسول الله ﷺ أُمامةَ بنت عبد المطلب فأنكحَها ولم يخطب[٦]. وروي أن الحسين بن علي رضي الله عنه زوَّج بعضَ بناتِ أخيه الحسن، وهو يتعرَّقُ عظماً[٧] أي: لم يخطب تشاغلاً به.

وروي أن ابن عمر زوَّج بنته فما زاد على أن قال: «زوجتكها على ما أمرَ اللَّهُ تعالى به من إمساكٍ بمعروفٍ، أو تسريحٍ بإحسان»[٨].

(١) حديث أبي هريرة: تقدّم في مقدمة الحاوي.
(٢) لم أقف على هذا الأثر.
(٢) لم أقف على هذا الأثر.
(٣) سورة النساء، الآية: ١٢٥.
(٤) سبق تخريجه.
(٦) أخرجه أبو داود في النكاح (٢١٢٠) من طريق شعبة، عن العلاء ابن أخي شعيب الرازي، عن إسماعيل بن إبراهيم، عن رجل من بني سليم. والبيهقي: ٧/ ١٤٧.
(٧) الأثر عن الحسين بن علي: أخرجه عبد الرزاق (١٠٤٥١).
(٨) سبق تخريجه. وأخرجه ابن أبي شيبة بإسناده: ٣/ ٢٨٣ عن ابن عمر، وأنس بن مالك، وابن عباس، وإبراهيم، والضحّاك، ويحيى بن أبي كثير، ومجاهد.

ولأن الخطبة لو وجبت في النكاح لبطل بتركها. وفي إجماعهم على صحة النكاح مع تركها دليل على استحبابها دون وجوبها، ولأن النكاح عقد فلم تجب فيه الخطبة كسائر العقود.

فأما الاستدلال بالخبر، فلم يخرج مخرج الأمر فيلزم، وإنما أخبر أنه أبتر، وليس في هذا القول دليل على الوجوب على أن للخبر سبباً محمول قد ذكرناه في أول الكتاب.

وأما استدلالهم بأن النبي ﷺ ما عقد نكاحاً إلا بعد خطبة، فقد قيل: إنه نكح بعض نسائه بغير خطبة[1]. وقد زوج الواهبة نفسها بغير خطبة، وليس ما استدلوا به من العمل المنقول إجماعاً لما روينا خلافه، فلم يكن فيه دليل، ولا في كونها فرقاً بين الزنى والنكاح دليل على وجوبها كالولائم.

فصل: فإذا ثبت استحباب الخطبة فهي مشتملة على أربعة فصول:

أحدها: حمد الله والثناء عليه.

والثاني: الصلاة على نبيه ﷺ.

والثالث: الوصية بتقوى الله وطاعته.

والرابع: قراءة آية، والأولى أن تكون مختصة بذكر النكاح كقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ﴾[2] وكقوله: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا﴾[3] فإنْ قرأ آية لا تتعلقُ بذكر النكاح جاز، لأن المقصود بها التبرّك بكلام الله تعالى، وقد رويت خطبة النبيّ ﷺ أنه كان يقول فيها: «الحمدُ لله نحمدهُ ونستغفرهُ ونستعينُه ونستنصِرُه ونعوذُ بالله من شرور أنفسنا ومن سيّئاتِ أعمالنا، مَنْ يهدِه اللّهُ فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له وأشهدُ أن لا إله إلا الله وأنّ محمداً عبده ورسوله، اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلاً سَدِيداً يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِر لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ»[4] الآية.

---

(١) سبق تخريجه وهو عند أبي داود (٢١٢٠).

(٢) سورة النور، الآية: ٣٢.

(٣) سورة الفرقان، الآية: ٥٤.

(٤) حديث ابن مسعود: أخرجه أبو داود في النكاح (٢١١٨)، وابن ماجة (١٨٩٣)، والنسائي: ٦/٨٩، والبيهقي: ٧/١٤٦ ـ ١٤٧، وعبد الرزاق (١٠٤٤٩)، والحاكم: ٢/١٨٣.

وروي عن علي بن أبي طالب، رضوان الله عليه أنه خطب فقال: «المحمُود الله، والمصطفى رسولُ الله ﷺ وخيرُ ما أفتتحَ به كتابُ اللَّهَ قال الله تعالى: ﴿وانكِحُوا الأَيَامَى مِنكُمْ﴾[1] الآية.

وروي من خطب بعض السلف: الحمدُ لله شكراً لأنعمهِ وأيادِيه، وأشهدُ أن لا إله إلا الله شهادةً تبلغهُ وترضيه، وصلى الله على محمدٍ صلاةً تزلفُه وتخطيه، واجتماعنا هذا مما قضاهُ اللَّهُ وأذِنَ فيه، والنّكاحُ مما أمرَ اللَّهُ به ورضيه. قال الله تعالى: ﴿وَانكِحُوا الأَيَامَى مِنكُمْ﴾[2] الآية.

فتكون الخطبة على ما وصفنا. قال الشافعي: «وأحب أن يقول الولي مثل ما قال ابن عمر: «قد أنكحْتُك على ما أمرَ اللَّهُ من إمساكٍ بمعروفٍ أو تسريحٍ بإحسان»[3].

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من حال الخطبة، نظر في الخاطب: فإن كان غير المتعاقدين وهو ما عليه الناس في زماننا كانت خطبته نيابة عنهما، وإن خطب أحد المتعاقدين فيختار أن يخطبا معاً، لأن كل واحد منهما مندوب إلى مثل ما ندب إليه الآخر. ولأن النبي ﷺ لما زوج علياً خطبا جميعاً[4].

والأولى أن يبدأ الزوج بالخطبة، ثم يعقبه الولي بخطبته، ليكون الزوج طالباً، ويكون الولي مجيباً. فإنْ بدأ الولي بالخطبة، ثم خطب الزوج بعده جاز. فإن تقدمت خطبتاهما قبل البذل والقبول، أو قبل الطلب والإيجاب، ثم عقد النكاح بعد الخطبتين بالبذل والقبول، أو بالطلب والإيجاب، صحّ العقد. فأما إذا تقدمت إحدى الخطبتين وكانت الخطبة الثانية بين البذل والقبول، أو بين الطلب والإيجاب، فقد قال أبو حامد الاسفرائيني: إن العقد صحيح، لأن ما تخللهما من الخطبة الثانية مندوب إليه في العقد، فلم يفسد به العقد.

وهذا خطأ، والصحيح وهو ظاهر من قول أصحابنا كلهم: أن العقد باطل لأمرين:

---

(١) سورة النور، الآية: ٣٢.

(٢) سورة النساء، الآية: ٣٢.

(٣) الأثر عن ابن عمر: سبق تخريجه، ومختصر المزني، ص: ١٦٧.

(٤) الأثر سبق ولم أجده.

أحدهما: تطاول ما بين البذل والقبول.

والثاني: أنه إذا كانت الخطبة ليست من البذل ولا من القبول وما قاله من أن الخطبة الثانية مندوب إليها في العقد، فلم يفسد بها العقد فصحيح إذا كانت في محلها قبل العقد، فأما في خلال العقد فلم يندب إليها، فجاز أن يفسد بها العقد والله أعلم.

باب مَا يَحِلُّ مِنَ الحَرَائِرِ وَيحرمُ ولا يتسرى العَبْدُ وَغير ذَلكَ مِنَ الجَامِعِ مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ وَكِتَابِ ابْنِ أَبي لَيْلَى[(١)]

قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (انتهى اللَّهُ عز وجلَّ بالحرائرِ إلى أربع تحريماً لئلا يجمعَ أحدٌ غيرَ النبيِّ ﷺ بين أكثر من أربع)[(٢)].

قال الماوردي: وهذا كما قال، أكثر ما يحل للحر أربع لا يجوز له الزيادة عليهن، وهو قول سائر الفقهاء.

وحكي عن القاسم بن إبراهيم ومن نسب إلى مقالته من القاسمية وطائفة من الزيدية: أنه يحل نكاح تسع، استدلالاً بقوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾[(٣)] بواو الجمع والمثنى مبدل من اثنين، والثلاث مبدل من ثلاث، والرباع مبدل من أربع، فصار مجموع الاثنين والثلاث والأربع تسعاً.

ولما روي عن النبي ﷺ أنه مات عن تسع[(٤)] والله تعالى يقول: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾[(٥)]. ولأنه ساوى رسول الله ﷺ سائر أمته فيما يستبيحه من الإماء، وجب أن يساويهم في حرائر النساء.

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾[(٦)] ومنه دليلان:

أحدهما: أن ما خرج هذا المخرج من الأعداد كان المراد به أفرادها دون مجموعها لأمرين:

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٧. وزاد: «والرجل يقتل أمته ولها زوج».

(٢) مختصر المزني، ص: ١٦٧.

(٣) سورة النساء، الآية: ٣. وراجع تفسير القرطبي: ١٧/٥.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) سورة الأحزاب، الآية: ٢١.

(٦) سورة النساء، الآية: ٣.

أحدهما: أنه لما كان المراد بقوله في صفة الملائكة ﴿أُوْلِي أَجْنِحَةٍ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾[(١)] أفراد هذه الأعداد، وأن منهم من له ثلاثة ومنهم من له أربعة، وجب أن يكون في عدد النكاح كذلك.

والثاني: أن أهل اللغة أجمعوا فيمن قال: جاءني الناس مثنى وثلاث ورباع، أن مفهوم كلامه: أنهم جاءوا أفراد هذه الأعداد اثنين اثنين، وثلاثة ثلاثة، وأربعة أربعة، ولم يرد مجموعها تسعة، فكذا مفهوم الآية.

والدليل الثاني: من الآية أن الواو التي فيها ليست واو جمع، وإنما هي واو تخيير بمعنى، أو وتقدير الكلام: مثنى، أو ثلاث، أو رباع، وإنما كان كذلك لأمرين:

أحدهما: أن ذكر التسعة بلفظها أبلغ في الاختصار وأقرب إلى الإفهام من ذكرها بهذا العدد المشكل الذي لا يفيد تفريقه.

والثاني: قوله بعد ذلك: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾[(٢)] ولو كان المراد تسعاً ولم يرد التبين على الانفراد لقال: فإن خفتم ألا تعدلوا فثمانٍ، ليعدل من التسع إلى أقرب الأعداد إليها، لا لأبعده منها، لأنه لا يقدر على العدل في التسع، ويقدر على العدل في ثمان فلو كان على ما قالوه، لكان من عجز عن العدل في تسع حرم عليه أن ينكح إلا واحدة، ولما حل له اثنان، ولا ثلاث، ولا أربع، وهذا مدفوع بالإجماع.

ثم الدليل من نص السنة: أن غَيْلان بن سلمة الثقفي أسلم وأسلم معه عشر نسوة، فقال له النبيّ ﷺ: «امْسِكْ أربعاً، وفارِقْ سائِرَهُنَّ»[(٣)].

وأسلم نوفَل بن معاوية، وأسلم معه خمسٌ فقال له النبي ﷺ: «أمسِكْ أربعاً وفارِقْ

---

(١) سورة فاطر، الآية: ١.

(٢) سورة النساء، الآية: ٣.

(٣) حديث ابن عمر: أخرجه مالك في الموطأ: ٢/ ٥٨٢، والشافعي في مسنده: ٢/ ١٦ والترمذي (١١٢٨)، وابن ماجة (١٩٥٣) وأحمد: ٢/ ١٤ و٤٤ والدارقطني: ٣/ ٢٧٠ والبيهقي: ٧/ ١٤٩ و١٨١ والبغوي (٢٢٨٨) والحاكم: ٢/ ١٩٢ ـ ١٩٣، وعبد الرزاق (١٢٦٢١).
وغيلان بن سلمة بن متعب بن مالك الثقفي، أسلم بعد فتح الطائف، وهو ممن وفد على كسرى. راجع: الإصابة: ٣/ ١٨٩ ـ ١٩١.

واحدة»[١] ولأنه ما جمع في الإسلام بعد رسول الله ﷺ أحد يقتدى بفعله بين أكثر من أربع مع رغبتهم في الاستكثار وحرصهم على طلب الأولاد، وأنهم قد استكثروا من الإماء، واقتصروا على أربع من النساء، فدل ذلك من إجماعهم على حظر ما عداه.

فأما رسول الله ﷺ فقد خص في النكاح بما حرم على سائر أمته، لأنه قد أبيح له النساء من غير عدد محصور، وما أبيح للأمة إلا عدد محصور، وليس وإن مات عن تسع يجب أن يكون هو العدد المحصور، فقد جمع ﷺ بين إحدى عشرة ومات عن تسع، وكان يقسم لثمان[٢]. وأما الإماء فلم يحصرن بعدد، فحللن على الإطلاق.

فصل: فإذا ثبت أنه لا يحلّ للحر نكاح أكثر، فنكح خمساً، نظر: فإن عقد عليهن في عقد واحد بطل نكاح جميعهن، لأن المحرمة من الخمس غير متعينة، فبطل نكاح الجميع. فإن عقد عليهن منفردات، بطل نكاح الخامسة الأخيرة، وصح نكاح من تقدمها. فلو تزوج ثلاثاً في عقد، واثنتين في عقد، صحّ نكاح الثلاث لتقدمهن، وبطل نكاح الاثنتين لتأخرهما. فلو أشكل المتقدم من العقدين بطل نكاح الخمس كلهن، فلو نكح ثلاثاً في عقد واثنتين في عقد وواحدة في عقد، وأشكل المتقدمات منهن، صحَّ نكاح الواحدة لأنها تتنزل في أحوالها كلها على الصحة، وبطل نكاح الثلاث والاثنتين لتنزيلهن بين حالتي: صحة، وفساد. وبيان تنزيلهن في الأحوال: أنه إن كان قد تقدم نكاح الثلاث، ثم الاثنتين، ثم الواحدة، صح نكاح الثلاث والواحدة، وبطل نكاح الاثنتين. وإن كان قد تقدم نكاح الاثنتين، ثم الثلاث، ثم الواحدة، صحَّ نكاح الاثنتين والواحدة، وبطل نكاح الثلاث. وإن تقدم نكاح الواحدة، ثم الثلاث، ثم الاثنتين، صح نكاح الواحدة والثلاث، وبطل نكاح الاثنتين، وصارت الواحدة ثانية في الأحوال كلها، فصح نكاحها. ولما تردد نكاح الثلاث والاثنتين بين حالتي: صحة، وفساد، بطل نكاحهن.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (والآية تدلُّ على أنّها في الأحرارِ لقوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ وملكُ اليمينِ لا يكونُ إلا للأحرارِ الذينَ يملكونَ المال، والعبدُ لا يملِكُ المال)[٣].

---

(١) أخرجه الشافعي في مسنده: ١٦/٢٥ والبيهقي: ٧/ ١٨٤.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) مختصر المزني، ص: ١٦٧. وسورة النساء، الآية: ٣.

قال الماوردي: وهذا صحيح، لا يحل للعبد أن ينكح أكثر من اثنتين على الشطر من استباحة الحر، وبه قال من الصحابة: عمر، وعثمان، وعلي، وعبد الرحمن بن عوف، وزيد بن ثابت، وعبد الله بن عمر، ومن التابعين: الحسن البصري، وعطاء. ومن الفقهاء: أبو حنيفة، وأهل العراق، وأحمد، وإسحاق.

وقال مالك: العبد كالحر في الجمع بين أربع، وبه قال: الزهري، وربيعة، والأوزاعي، وأبو ثور، وداود، استدلالاً بعموم قوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾[1]، ولأنه لما كان لعان الحر أربعاً مساواة بعدد من أبيح له من النساء، ثم كان لعان العبد أربعاً كالحر، وجب أن يستبيح أربعاً كالحر، ولأن نكاح العبد أوسع حكماً من نكاح الحر، لأنه قد ينكح الأمة على الحرة، والجمع بين أمتين، بخلاف الحر فلم يجز، وهو أوسع حكماً أن يضيق في العدد عن حكم الحر، ولأنه لما كان العبد مساوياً للحر في أعيان المحرمات، وجب أن يساويه في أعداد المنكوحات، فدليلنا قوله تعالى: ﴿ضَرَبَ لَكُمْ مَثَلاً مِنْ أَنْفُسِكُمْ هَلْ لَكُمْ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ شُرَكَاءَ فِيمَا رَزَقْنَاكُمْ فَأَنْتُمْ فِيهِ سَوَاءٌ﴾[2].

فدل على أن العبد غير مساوٍ للحر، ولأنه إجماع الصحابة من وجهين:

أحدهما: أن عمر قال: «يطلِّقُ العبدُ تطليقتينِ، وينكحُ اثنتينِ، وتعتدُّ الأَمَةُ حيضتين»[3] وصرح بمثله من الصحابة من ذكرنا، وليس فيهم مخالف.

والثاني: ما رواه الليث بن أبي سليم، عن الحكم بن عتبة قال: أجمع أصحاب رسول الله ﷺ على أن لا ينكحَ العبدُ أكثرَ من اثنتين[4] فثبت بهذين إجماع الصحابة على ما ذكرنا ولأن ما تبعض في عدده ومعناه: شاطر العبد فيه الحر كالحدود، ولأنه لما نقص الأحرار فيما استباحوه من العدد عن رسول الله ﷺ لنقصهم عنه، وجب أن ينقص العبد فيه عن الحر لنقصه عنه.

---

(١) سورة النساء، الآية: ٣.

(٢) سورة الروم، الآية: ٢٨.

(٣) الأثر عن عمر: أخرجه البيهقي: ٧/١٥٨، وعبد الرزاق (١٢٨٧١) و(١٢٨٧٢) والدارقطني: ٣/٣٠٨، والشافعي في الأم: ٥/٤١.

(١) أخرجه البيهقي: ٧/١٥٨ عن ليث، عن الحكم.

فأما استدلالهم بالآية، فسياق الكلام من أوله إلى آخره متوجه إلى الأحرار دون العبيد، لأن قوله في أولها: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ﴾[(١)] متوجهة إلى الأحرار لأنهم يكونون على الأيتام، وقوله: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ﴾[(٢)] متوجهة إلى الأحرار، لأن العبد لا يملك أن ينكح ما طاب لنفسه، وقوله: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾[(٣)] متوجهة إلى الأحرار، لأن العبد لا يملك.

وأما استدلالهم باللعان، فهو غير موضوع على التفاضل، ولا هو العلة في عدد المنكوحات، وإن اتفقا، وإنما تجري اليمين عندنا والبينة عند غيرنا.

وأما استدلالهم بأن حكم العبد في النكاح أوسع. فالجواب عنه: أنه أوسع حكماً فيما طريقه النقص، وأضيق حكماً فيما طريقه الكمال، واستباحته للأمة نقص فاتسع حكمه فيه، والعدد كمال فضاق حكمه فيه.

وأما استدلالهم بأنه لما ساواه في أعيان المحرمات ساواه في عدد المنكوحات فباطل، بأن النبي ﷺ تساويه الأمة في أعيان المحرمات، ولا تساويه في عدد المنكوحات، فدل على أن التحريم مساو والعدد متفاضل.

فإذا ثبت أن العبد لا ينكح أكثر من اثنتين، فحكمه أن ينكح ثلاثاً كحكم الحر إذا نكح خمساً على ما بيناه، وكذلك المدبّر والمكاتب ومن رق بعضهم والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (فإذا فارق الأربع ثلاثاً ثلاثاً تزوج مكانهن في عددهن[(٤)] لأن الله تعالى، أحل لمن لا امرأة له أربعاً)[(٥)].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا كان له أربع زوجات فطلقهن، وأراد أن يعقد على أربع سواهن، أو على أخت واحدة منهن، لم يخل طلاقه: من أن يكون قبل الدخول، أو بعده.

فإن كان قبل الدخول جاز له عقيب طلاقهن، سواء كان طلاقه ثلاثاً أو دونها. وإن كان قد دخل بهن، لم يخل طلاقه من أن يكون: بائناً، أو رجعياً.

---

(١) سورة النساء، الآية: ٣.

(٢) سورة النساء، الآية: ٣.

(٣) سورة النساء، الآية: ٣.

(٤) مختصر المزني: «في عدتهنّ».

(٥) مختصر المزني، ص: ١٦٧.

فإن كان رجعياً واحدة أو اثنتين بغير عوض، لم يكن له العقد على أحد حتى تنقضي عددهن، لأنهن من الزوجات ماكن في عددهن لوقوع طلاقه وظهاره عليهن، وحصول التوارث بينه وبينهن. فلو انقضت عدة واحدة منهن جاز العقد على أختها، أو على خامسة غيرها. ولو انقضت عدة اثنتين جاز له العقد على اثنتين، ولو انقضت عدة ثلاث جاز له العقد على ثلاث، ولو انقضت عدة الأربع جاز له العقد على أربع.

وإن كان الطلاق بائناً، إما أن يكون ثلاثاً أو دونها بعوض، فقد اختلف الفقهاء: هل له أن يتزوج في عددهن بأربع سواهن، أو بأخت كل واحدة منهن؟.

فذهب الشافعي إلى جوازه، وبه قال من الصحابة: زيد بن ثابت، ومن التابعين: سعيد بن المسيب، والزهري، ومن الفقهاء: مالك. وقال أبو حنيفة: لا يجوز إلا بعد انقضاء عددهن، وبه قال من الصحابة علي، وابن عباس، ومن الفقهاء: سفيان الثوري، استدلالاً بعموم قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾[1] وهذا يصير جامعاً لمائه في أختين. ولأنها معتدة في حقه من طلاقه، فلم يحل له العقد على أختها كالرجعة. واحترز بقوله: «من حقه» من أن يدعي المطلق انقضاء عدتها وينكر، فيكون القول قول المطلق في استباحة عقده على أختها، والقول قولها في بقاء عدتها، وتكون معتدة في حقها لا في حقه. واحترز بقوله: «من طلاقه» من ردتها فإنه جوز له أن يتزوج بأختها، وإن كانت المرتدة في عدتها، ومن أن يطأ أمته ثم يبيعها، فيجوز أن يتجوز بأختها. وإن كانت الأمة تستبرىء نفسها من وطئه، قال: ولأن كل جمع مُنِعَ منه عقد النكاح، منعت منه العدة كالجمع بين زوجين، لأن العقد قد حرم عليها نكاح غيره من الأزواج، كما حرم عليه نكاح أختها من النساء، ثم كان تحريم غيره باقياً عليها في العدة، وجب أن يكون تحريم أختها باقياً عليه في العدة.

ودليلنا: عموم قوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾[2] وقد يطيب له نكاح أختها في عدتها، ولأنه جمع حرم على الزوج بالعقد، فوجب أن يرتفع بالطلاق، كالمطلقة قبل الدخول.

فإن قيل: فالمطلقة قبل الدخول لمّا لم يحرم عليها نكاح غيره لم تحرم عليه، والمطلقة بعد الدخول لما حرم عليها نكاح غيره حرم عليه. قيل: إنّما حرّم عليها بعد

---

(١) سورة النساء، الآية: ٢٢.

(٢) سورة النساء، الآية: ٣.

الدخول نكاح غيره لأنها معتدة، ولم نحرم عليه لأنه غير معتد، ولأنها مبتوتة فحل له نكاح أختها بعد العدة، فحل له نكاح أختها قبل العدة كالمخبرة بانقضاء العدة وهي تكذبه، ولأنها فرقة تمنع من وقوع طلاقه، فوجب أن تبيح ما حرم من الجمع بعقده كالوفاة؛ ولأنها لا تحل له إلا بنكاح جديد، فلم تحرم عليه بنكاح أختها لأجلها كالأجنبية، ولأن المبتوتة في أغلظ تحريماً عليه من الأجنبية،لأن الأجنبية تحل بالعقد في الحال، وهذه لا تحل له إلا بعقد بعد عدتين وزوج، فلم يجز، وهي أغلظ تحريماً من الأجانب أن يحرم بها ما لا يحرم بالأجانب. ولأن العدة تختص بالمرأة دون الزوج لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾[1] فلو منعت من النساء ما منعت من الرجال، لألزم العدة كما ألزمت، ولو لزم من أحكام العدة تحريم النكاح كما لزمها للزمه سائر أحكامها من تحريم الطيب والزينة كما لزمها. وفي المنع من إجراء أحكام العدة عليها فيما سوى النكاح، منع من إجراء حكمها عليه في تحريم النكاح.

وأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾[2] فهو أن الطلاق مفرق، فكيف يصير به جامعاً والجمع من الاجتماع والفرقة ضد الاجتماع؟.

وأما قياسهم على الرجعية، فتلك زوجة يقع عليها طلاقه وظهاره ويستحق بينهما التوارث، وهذه قد صارت أجنبية لأنها لا يلحقها طلاقه ولا ظهاره ولا يتوارثان، فلم يجز أن يجمع بينهما في تحريم الجمع، كما لم يجمع بينهما في النكاح والعقد.

وأما قياسهم عليها، فالمعنى: أنها معتدة يحرم عليها نكاح غيره لئلا يختلط ماؤه بماء غيره، وليس كذلك الرجل، لأنه غير معتد، وليس في عقده اختلاط لـ «ماءين»، فافترقا.

فصل: فأما الشافعي رضي الله عنه فإنه تكلم في هذا الموضع على إبطال مذهبهم بثلاثة فصول، ذكرنا منها فصلين.

أحدهما: من وجوب العدة على الزوج، وقد أوجبه الله تعالى عليها دونه.

والثاني: إنها بالطلاق أسوأ حالها من الأجنبية، فكيف تبقى على حكم الزوجية.

وأما الفصل الثالث: وهو الذي تفرد به الشافعي رضي الله عنه، فتحرير كلامه فيه من مقتضاه: إنه لا يخلو تحريمهم لنكاح أختها في عدتها من أحد أمرين:

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٢٨.

(٢) سورة النساء، الآية: ٢٢.

أما أن يكون لعقد النكاح، أو لئلا يجمع ماؤه في أختين، فإن كان بعقد النكاح، فقد ارتفع بطلاق الثلاث. وإن كان لئلا يجتمع ماؤه في أختين، فهم يقولون: إنه لو خلا بها ثم طلقها، حرم عليه نكاح أختها في عدتها، وإن لم يجتمع ماؤه في أختين فبطل التعليل بكلا الأمرين.

اعترضوا على الشافعي في هذا الفصل بالفساد، فقالوا: نحن حرمنا المدخول بها باجتماع الناس، وتعلل غير المدخول بها في هذا الحكم بعلة أخرى، ونقض العلة أن يكون بوجودها مع عدم الحكم، ولا يكون النقض بوجود الحكم مع عدم العلة. ألا ترى أن من قبل تعليلاً بالردة، كان نقض العلة بأن لا تقبل مع وجود الردة، ولم يكن نقضاً بأن تقبل مع عدم الردة بقتل، وزنى؟ كذلك ها هنا، يحرم في المدخول بها لاجتماع المائين، وينقض هذا التحريم التعليل لتحريم غير المدخول بها بعلة أخرى.

والجواب عن هذا، أن العلل ضربان:

أحدهما: أن يكون التعليل عاماً لجنس الحكم.

والثاني: أن يكون خاصاً لأعيان ما يتعلق به الحكم. فإن كانت العلة لجنس الحكم كتعليل الربا بأنه مطعوم، انتقضت هذه العلة بوجود الحكم ولا علة، كما انتقص بوجود العلة ولا حكم، حتى إن وجد الربا فيما ليس بمطعوم كان نقصاً، كما لو وجد مطعوم ليس فيه ربا كان نقضاً وإن كانت العلة لا عيان ما يتعلق به الحكم كتعليل البر، بأن فيه الربا لأنه مطعوم، انتقضت هذه العلة بوجودها مع عدم الحكم، حتى إن وجد مطعوم لا ربا فيه كان نقصاً ولم ينقص بوجود الحكم ولا علة، حتى إذا ثبت الربا في الذهب والورق وليس بمطعوم، لم يكن نقضاً. وما ذكره الشافعي من إلزام النقض في تعليلهم باجتماع المائين، إنما هو تعليل بجنس الحكم العام، فانتقض بوجود الحكم ولا علة، كما ينتقض بوجود العلة ولا حكم والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو قَتَل المولَى أمتَهُ أو قَتَلَتْ نفسها، فلا مَهْرَ لها)[1].

قال الماوردي: اعلم أن الزوجة إذا هلكت بعد الدخول بها، فلها جميع المهر، لأنها

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٧.

قد استكملته بالدخول، سواء ماتت أو قتلت، وسواء كانت حرة أو أمة، فإذا هلكت قبل الدخول بها فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون هلاكها بالموت.

والثاني: بالقتل.

فإن كان هلاكها بالموت فمذهب الشافعي وجمهور أصحابه: أن لها المهر، سواء كانت حرة أو أمة، لأن غاية النكاح مدة الحياة، فإذا حدث الموت فقد انقضت مدة العقد فاستحقت بها جميع المهر.

وقال أبو سعيد الاصطخري: إن كانت حرة فلها جميع المهر، وإن كانت أمة فلا شيء لها، وفرق بينهما: بأن الحرة في قبض الزوج لأنها مجبرة على المقام معه، فإذا ماتت استحقت جميع المهر، كالسلعة إذا تلفت بعد قبض المشتري لها استحق عليه ثمنها. والأمة قبل الدخول في قبض السيد دون الزوج، لأنها لا تجبر على المقام معه إلا باختيار السيد، فلم تستحق بالموت قبل الدخول مهراً، كالسلعة إذا تلفت في يد بائعها سقط عن المشتري ثمنها.

فصل: وإن كان هلاكها بالقتل دون الموت، فهو على ضربين:

أحدهما: أن تكون هي القاتلة.

والضرب الثاني: أن يقتلها غيرها. فإن قتلها غيرها فضربان:

أحدها: أن يقتلها الزوج فعليه مهرها حرة كانت أو أمة باتفاق جميع أصحابنا، لأن الحرة كالمقبوضة، والأمة وإن كانت في حكم غير المقبوضة فقد استهلكها مستحق قبضها، فلزمه مهرها كما يلزم مشتري السلعة إذا استهلكها في يد بائعها جميع ثمنها، ويصير الاستهلاك قبضاً كذلك القتل.

والضرب الثاني: أن يقتلها أجنبي غير الزوج، فحكم قتله لها في حق الزوجية حكم الموت، فيكون لها المهر على مذهب الشافعي، حرة كانت أو أمة.

وعلى مذهب أبي سعيد الاصطخري: يكون لها المهر إن كانت حرة، ولا يكون لها المهر إن كانت أمة.

وإن كانت هي القاتلة لنفسها فقد قال الشافعي في الأمة: أنه لا مهر لها إذا قتلت نفسها

أو قتلها غيرها، وقال في الحرة؟ إن لها المهر إذا قتلت نفسها. فاختلف أصحابنا لاختلاف النص فيهما على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج: أن اختلاف النص في الموضعين يوجب حملها على اختلاف قولين:

أحدهما: أنه لا مهر لها حرة كانت أو أمة، لأن الفسخ جاء من قبلها قبل الدخول، فأسقط مهرها كالردة والرضاع.

والقول الثاني: أن لها المهر حرة كانت أو أمة، وبه قال أبو حنيفة، لأنها فرقة وقعت بالقتل كالموت، وخالفت الرضاع والردة لما فيهما من التهمة لاختيار الفرقة، وأنه ليس في القتل تهمة باختيار الفرقة.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي، وأبي سعيد الاصطخري، وأبي حامد المروزي: أن الجواب على ظاهره فيكون لها المهر إن كانت حرة، ولا يكون لها المهر إن كانت أمة.

وفرقوا بين الحرة والأمة من ثلاثة أوجه:

أحدها: ما قدمناه من فرق أبي سعيد الاصطخري، أن الحرة في حكم المقبوضة، لأن الزوج يقدر على الاستمتاع بها متى شاء، فصار التسليم من جهتها موجوداً، فاستحقت المهر بحدوث الثلث. والأمة بخلافها، لأن الزوج لا يقدر على الاستمتاع بها إذا شاء حتى يرضى السيد، فصار التسليم من جهتها غير موجود، فسقط المهر.

والفرق الثاني: أن المقصود من نكاح الحرة الألفة والمواصلة دون الوطء، لجواز العقد على من لا يمكن وطؤها من صغيرة ورتقاء، وذلك حاصل قبل الدخول، فثبت لها المهر.

والمقصود من نكاح الأمة دون المواصلة، لأنه لا يجوز له أن يتزوجها إلا من خوف العنت، وذلك غير حاصل له قبل الدخول، فسقط المهر.

والفرق الثالث: أن الحرة قد استفاد ميراثها، فجاز أن يغرم مهرها، والأمة لم يستفد ميراثها فلم يغرم مهرها.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وإنْ باعَها حيثُ لا يقدِرُ عليها فلا مهرَ حتى يدفَعَها إليه)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا زوج السيد أمته ثم باعها صح البيع، ولم يبطل النكاح لأمرين:

أحدهما: أن عائشة اشترت بريرة وهي ذات زوج فأثبت النبي ﷺ الشراء ولم يبطل النكاح، وخيَّرها بعد العتق بين: المقامَ، والفسخ[٢].

والثاني: أن عقد النكاح تناول الاستمتاع، وعقد البيع تناول الرقبة، فتناول كل واحد من العقدين غير ما تناوله الآخر، فصحا معاً، كما لو آجرها ثم باعها.

فإن قيل: أفليس لو آجرها ثم باعها كان بيعها على قولين؟:

أحدهما: باطل، فهلا كان بيعها بعد تزويجها على قولين؟.

قلنا: إن يد المستأخر حائلة، لأن السيد يجبر على تسليمها إليه، فجاز أن يبطل بيعها في أحد القولين، ويد الزوج غير حائلة لأن السيد لا يجبر على تسليمها إليه، فصحَّ بيعها قولاً واحداً.

فصل: فإذا ثبت جواز البيع وصحة النكاح، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون البيع بعد دخول الزوج بها، فقد استحق البائع مهرها سواء كان مسمى في العقد أو غير مسمى، لاستقراره بالدخول الموجود في ملكه.

والضرب الثاني: أن يكون البيع قبل دخول الزوج، فالمشتري يكون بمنزلة البائع، لا يجبر على تسليمها إلى الزوج كما لا يجبر عليه البائع. فإن لم يسلمها المشتري إلى الزوج فلا مهر عليه، وليس للبائع مطالبته، ولو كان البائع قد قبضه منه، كان للزوج استرجاعه: فإن سلمها المشتري إلى الزوج حتى دخل بها، استحق المهر عليه حينئذ، ولا يخلو حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون المهر صحيحاً مسمى في العقد، فيكون مستحقاً للبائع دون المشتري، لأن استحقاقه بالعقد الموجود في ملكه، فصار كالكسب المتقدم على المبيع.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٧.

(٢) حديث بريرة وشراء عائشة لها: تقدّم في البيوع، وستأتي المسألة في الباب التالي.

والقسم الثاني: أن يكون المهر فاسداً مسمى في العقد، فيحكم الحاكم لها بمهر المثل، ويكون مستحقاً للبائع أيضاً دون المشتري، لأن فساده مع التسمية في العقد يوجب استحقاقه بالعقد.

والقسم الثالث: أن تكون مفوضة لم يسم لها في العقد مهر لا صحيح ولا فاسد، فيفرض الحاكم لها مهر المثل، وفيه قولان:

أحدهما: أنه مستحق بالعقد كالمسمى، لأن عقد النكاح لا يعرى عن مهر، فعلى هذا يكون للبائع دون المشتري لاستحقاقه بالعقد الموجود في ملكه.

والقول الثاني: أنه مستحق بالدخول دون العقد، لأنه لو استحق جميعه بالعقد بعد الدخول لاستحق نصفه قبل الدخول، وهي لا تستحق قبل الدخول شيئاً منه، فدل على استحقاقها بالدخول فعلى هذا، يكون المهر للمشتري دون البائع لوجود الدخول في ملكه، وإن كان العقد موجوداً في ملك البائع.

ومثل هذا إذا عتق السيد أمته المزوجة قبل الدخول ولم يسم لها مهراً، ودخل بها الزوج بعد العتق، ثم فرض لها المهر، فيكون مستحقه على هذين القولين:

أحدهما: السيد المعتق إذا قيل: إنه مستحق بالعقد.

والثاني: الزوجة المعتقة إذا قيل: إنه مستحق بالدخول. والله أعلم بالصواب.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (فإنْ طلبَتْ أن يبوِّئها معهُ بيننا لم يكن ذلك على السيد)[1].

قال الماوردي: وإذا قد مضى الكلام في المهر، فنذكر الكلام في النفقة. أما إذا كان الزوج غير ممكن من الدخول فلا نفقة عليه، كما لم يكن عليه مهر. وإن كان ممكناً من الدخول بها لم يجز أن يمنع بعد التمكين في زمان الاستمتاع بها، وزمان الاستمتاع بها أقل من زمان الاستمتاع بالحرة، لأن الحرة عليها تمكين نفسها من الزوج ليلاً ونهاراً، والأمة يلزمها تمكينها من الزوج ليلاً ولا يلزم تمكينها منه نهاراً.

والفرق بينهما: أن الأمة قد استحق السيد استخدامها، والزوج الاستمتاع بها، وكذلك جاز للسيد بعد تزويجها أن يؤجرها، وليس الحرة مستحقة للسيد بعد تزويجها أن

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٧، وفيه: وإن طلب أن يبوِّئها معه بيتاً.

يؤجرها، وليست الحرة مستحقة لخدمة نفسها، وكذلك لم يجز للزوجة أن تؤجر نفسها.

وإذا اجتمع في منفعة الأمة حقان: حق الاستخدام للسيد، وحق الاستمتاع للزوج، وجب أن يراعى زمان كل واحد منهما فيستوفيه مستحقه، فوجدنا الليل بالاستمتاع أخص من النهار، فجعلنا الليل لاستمتاع الزوج، ووجدنا النهار بالاستخدام أخص من الليل، فجعلنا النهار لاستخدام السيد، ولو كان ما يستحقه السيد من الاستخدام بالنهار يمكن أن يستوفيه منها وهي عند الزوج كالغزل والنساجة وما جرى مجراهما من صنائع المنازل، فهل يجبر السيد إذا وصل إلى حقه من المنفعة والاستخدام أن يسكنها مع الزوج نهاراً أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق؛ يلزمه ذلك ويجبر عليه لوصوله إلى حقه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي حامد الاسفرائيني: إنه لا يلزمه ذلك، لأن له أن يعدل عن هذا الاستخدام إلى غيره.

وإذا كان كذلك لم يخل حالها مع الزوج من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يمكنه منها ليلاً ونهاراً، فعلى الزوج نفقتها كاملة لكمال الاستمتاع بها.

والقسم الثاني: أن يمنعه منها ليلاً ونهاراً، فليس على الزوج نفقتها، ولا شيء منها لفوات استمتاعه بها.

والقسم الثالث: أن يمكنه منها ليلاً في زمان الاستمتاع، ويمنعه منها نهاراً في زمان الاستخدام، ففي نفقتها وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: أنه لا نفقة لها على الزوج، ويلتزمها السيد، لأن الزمان الذي يستحق به النفقة وهو النهار الذي يستحقه السيد.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: إن على الزوج أن ينفق عليها بقسط ما يستحقه من الاستمتاع بها في الليل، وعلى السيد أن ينفق عليها بقسط ما يستحقه من الاستخدام لها في النهار، لأن الكل واحد من الزمانين حظاً من الحاجة إلى النفقة، فلم يلتزم السيد قسط الليل، كما لم يلتزم الزوج قسط النهار والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو وطيءَ رجلٌ جاريةَ إبنِهِ فَأَوْلَدَها،

كان عليه مهرُ مثلها وقيمتها. قال المزني: قياسُ قوله، أن لا تكونَ ملكاً لابنهِ[١] ولا أمَّ ولدٍ له بذلك، وقد أجاز أنْ يزوِّجَه أَمَته فيولدها فإذا لم يكنْ له بأن يولدَها إلى حلالٍ أم ولد بقيمة، فكيفَ بوطءٍ حرام؟ الفصل إلى آخره)[٢].

قال الماوردي: وصورتها، رجل وطىء جارية ابنه فقد أثِمَ بوطئه لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ ايمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾[٣]، وليست هذه بزوجة ولا ملك يمين، فلم يحل وطئها.

فإن قيل: فلو كان هذا الأب ممن يستحق على ابنه أن يعفه، أفكان له باستحقاق الإعفاف أن يطأ جاريته إذا منعه من الإعفاف، كما إذا منع من حق أن يتوصل إلى استيفائه؟. قيل: لا يجوز له ذلك، وإن منع من الإعفاف بعد استحقاقه، لأنه ليس يتعين حق إعفائه في هذه الأمة وإن للابن أن يعدل إلى إعفافه بغيرها من الإماء والنساء، فلذلك صارت مع استحقاق الإعفاف محرمة. وإذا كان كذلك لم يخل وطء الأب لها من أحد أمرين: إما أن يحبلها، أو لا يحبلها.

فإن لم يحبلها، فالكلام في وطئها يشتمل على أربعة أحكام:

أحدها: في وجوب الحد.

والثاني: في وجوب المهر.

والثالث: في ثبوت التحريم.

والرابع: في وجوب القيمة.

فأما الفصل الأول في وجوب الحد: فلا يخلو حال الأمة الموطوءة من أن يكون الابن قد وطئها قبل ذلك، أو لم يطأها. فإن لم يكن الابن قد وطئها فلا حدّ على الأب في

---

(١) مختصر المزني: «ملكاً لأبيه».

(٢) مختصر المزني، ص: ١٦٧، وتتمة الفصل: «وليس بشريك فيها فيكون في معنى من أعتق شرطاً له في أمة وهو لا يجعلها أم ولد للشريك إذا أحبلها وهو معسر، وهذا من ذلك أبعد. قال: وإن لم يحبلها فعليه عقدها، وحرمت على الابن، ولا قيمة له بأن حرمت عليه. وقد ترضع امرأة الرجل بلبنه جاريته الصغيرة فتحرم عليه ولا قيمة له».

(٣) سورة النور، الآيتان: ٥ ـ ٦.

وطئها، وهو قول جمهور الفقهاء، وحكي عن الزهري، وأبي ثور: وجوب الحد عليه. استدلالاً بأنه لما حد الابن بوطئه جارية الابن مع وجود الشبهة في ماله الذي سقط بها عنه قطع السرقة، وجب أن يحد الأب بوطئه جارية الابن، وإن كانت له شبهة في ماله يسقط بها عنه قطع السرقة.

وهذا خطأ لقول النبيِّ ﷺ: «**أَنْتَ ومالك لأبيك**»[1] ولقوله ﷺ: «**أولادُكُم من كسبِكُم فكُلُوا من طيِّب كسبِكُم**»[2].

فلما تميز الأب في مال الابن بهذا الحكم، قويت شبهته فيه عن شبهة الابن في مال الأب، فوجب لقوة شبهته على شبهة الابن أن يدرأ بها عنه الحد، لقوله ﷺ: «**ادْرَؤُوا الحدودَ بالشُّبهات**»[3]. ولأنه لما منع الابن من نفس أبيه قوداً، منع من حينه حداً، لأن الأب لو قتل ابنه لم يقتص منه، ولو قذفه لم يحد به، ويقتل الابن بأبيه، ويحد بقذفه، وجب أن يسقط الحد عن الاب بوطئه جارية الابن.

وإن لم يسقط الحد عن الابن بوطئه جارية الأب، لأن الحد أن أُلحِقَ بحد القذف لم يجب، وإن ألحق بالقود في النفس لم يجب، وهذا دليل وانفصال. ولأن على الابن إعفاف أبيه لو احتاج، وليس على الأب إعفاف ابنه إذا احتاج.

فلما كان الوطء جنساً، يجب على الابن تمكين أبيه منه، ولم يجب على الأب تمكين ابنه منه، وجب أن يسقط الحد عن الابن لأن له حقاً من جنسه، ولا يسقط عن الابن لأنه ليس له حق من جنسه، وهذا أيضاً دليل وانفصال.

---

(١) حديث عائشة: أخرجه ابن حبان (٤١٠) بلفظ: أنّ رجلاً أتى رسول الله ﷺ يخاصم أباه في دين عليه، فقال نبي الله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك».

وحديث ابن عمرو عند أبي داود (٢٢٩١) وابن ماجة (٢٢٩٢)، وأحمد: ٢/ ١٧٩ و٢٠٤، والطحاوي: ٤/ ١٥٨.

وحديث جابر عند ابن ماجة (٢٢٩١) والطحاوي: ٤/ ١٥٨، وأحمد: ٢/ ٢٠٤.

(٢) حديث عمارة بن عُمير مرفوعاً: «إنّ أطيب ما أكل الرجل من كسبه، وإن ولد الرجل من كسبه». عند ابن حبان (٤٢٥٩) والدارمي: ٢/ ٢٤٧ وأبو داود: (٣٥٢٨)، والنسائي: ٧/ ٢٤٠ ـ ٢٤١، والبيهقي: ٧/ ٤٨٠، وأحمد: ٦/ ٣١ و١٢٧ والترمذي (١٣٥٨)، وابن ماجة (٢٢٩٠)، وحديث عائشة عند ابن ماجة (٢١٣٧)، وأحمد: ٦/ ٤٢.

(٣) سبق تخريجه.

فأما السرقة، فإنما تسقط القطع عن كل واحد منهما في الآخر لتساويهما في شبهة كل واحد منهما في مال الآخر، لأن نفقة الابن قد تجب في مال الأب، كما تجب نفقة الأب في مال الابن، فاستويا. وليس كذلك حد الوطء، لاختصاص الأب فيه بالشبهة دون الابن، لما يستحقه الأب على الابن من الإعفاف، ولا يستحقه الابن على الأب فافترقا.

فإذا ثبت أن لا حد عليه ففي تعزيره وجهان:

أحدهما: يعزر ليرتدع هو وغيره عن مثله.

والوجه الثاني: لا يعزر، لأن التعزير بدل من الحد وليس عليه حد، فكذلك ليس عليه تعزير، فهذا حكم وطء الأب لها إذا لم يكن الابن قد وطئها.

فأما إذا كان الابن قد وطئها، ثم وطئها الأب بعده، ففي وجوب الحد عليه وجهان:

أحدهما: عليه الحد إذا علم بالتحريم، لأنها ممن لا تحل له أبداً، بخلاف التي لم يطأها الابن، فصارت من حلائل أبنائه، فلزمه الحد كما يلزمه في وطء زوجة ابنه.

والوجه الثاني: لا حد عليه، لأنها وإن وطئها من جملة أمواله التي تتعلق بها شبهة أبيه وكسبه، أن يكون تخريج هذين الوجهين من اختلاف قوليه في وجوب الحد على من وطيء أخته من نسب أو رضاع بملك اليمين.

فصل: وأما الفصل الثاني في وجوب المهر، فهو معتبر بوجوب الحد وسقوطه. فإن قلنا: إنه لا حد عليه، فعليه مهر المثل لكونه وطء شبهة في حقه يوجب درأ الحد، فاقتضى لزوم المهر، لقول النبيّ ﷺ: «**فلها المهرُ بما استحلَّ من فرجِها**»[1] ويكون المهر حقاً لابنه عليه لأنه من اكتساب أمته.

وإن قلنا: إن الحد واجب عليه، فقد سقطت شبهته في حق نفسه، فينظر في شبهة الأمة: فإن كانت مكرهة قهرها الأب على نفسها، ثبتت شبهتها في سقوط الحد عنها، فوجب المهر في وطئها. وإن لم يكن لها شبهة في حق نفسها وكانت مطاوعة، فلو كانت حرة لما وجب المهر، وإذ هي أمة ففي وجوب المهر قولان:

أحدهما: لا مهر لها لأنها بالمطاوعة صارت بغياً، وقد نهى رسول الله ﷺ عن مَهْر

---

(١) سبق تخريجه.

البَغيِّ[(١)] وهذا اختيار أبي إسحاق المروزي.

والقول الثاني: لها المهر ويملكه السيد، لأنه من اكتسابه، فلم يسقط بمطاوعتها. وخالفت الحرة التي تملك ما أباحته من نفسها، ولا تملكه الأمة. ألا ترى أن الحرة لو بذلت قطع طرف من أطرافها لم يضمنه القاطع، لأن الباذل له مالك، ولو بذلته الأمة ضمنه القاطع، لأن الباذل له غير مالك. وهذا اختيار ابن سريج.

فصل: وأما الفصل الثالث وهو ثبوت التحريم، فالتحريم من وجهين:

أحدهما: تحريمهما على الابن.

والثاني: تحريمهما على الأب.

فأما تحريمهما على الابن فمعتبر بوطء الأب، فإن كان موجباً للحل لم تحرم به على الابن، لأن الزنى لا يحرم الحلال.

وإن كان غير موجب للحد، حرمت به على الابن، لأن الشبهة قد صرفته إلى حكم الوطء الحلال. وأما تحريمها على الأب، إن حكمها معتبر بحال الابن، فإن كان قد وطئها حرمت على الأب كزوجة الابن إذا وطئها الأب بشبهة حرمت عليهما معاً، وإن كان الابن ما وطئها، حلت للأب أن يطأها بعد ملكه فلو كان الابن قد قبلها أو وطئها فيما دون الفرج، ففي تحريمها على الأب قولان.

فصل: وأما الفصل الرابع وهو وجوب قيمتها على الأب، فلا يجب سواء حرمها على الابن أو لم يحرمها.

قال العراقيون: إن حرمها على الابن وجبت قيمتها عليه.

وهذا خطأ، لأنها غير مستهلكة عليه بالتحريم لأنه قد يصل إلى ثمنها بالبيع فلم يلزمه التحريم غرم، كما لو أرضعت زوجة الرجل أمته بلبنه حرمت عليه، ولم يلزمها غرم قيمتها

---

(١) حديث ابن مسعود: أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب ومهر البغيّ، وحُلوان الكاهن، أخرجه البخاري في البيوع (٢٢٣٧) والإجارة (٢٢٨٢)، والطلاق (٥٣٤٦)، ومسلم في المساقاة (١٥٦٧)، ومالك في الموطأ: ٢/٦٥٦، والشافعي في مسنده: ٢/١٣٩، والترمذي (١١٣٣) و(١٢٧٦) و(٢٠٧١) والنسائي: ٧/٣٠٩، وأحمد: ٤/١١٩ ـ ١٢٠، وأبو داود (٣٤٨١)، والدارمي: ٢/٢٥٥، والبغوي (٢٠٣٧)، والبيهقي: ٦/٥ ـ ٦.

لوصوله إلى ثمنها. ولكن لو كانت بكراً، فافتضها الأب، لزمه أرش بكارتها، لأنه قد استهلك عضواً من بدنها، فهذا ما يتعلق بأحكام وطئه إذا لم يحبل.

فصل: فأما إذا أحبلها الأب بوطئه، فالأحكام الأربعة لازمة له، ويختص بإحبالها أربعة أحكام:

أحدها: لحوق الولد.

والثاني: كونها أم ولد.

والثالث: وجوب قيمتها.

والرابع: وجوب قيمة الولد.

فأما لحوق الولد به، فإن وجب الحد عليه لم يلحق به الولد، لأن وجوب الحد لارتفاع الشبهة ولحوق الولد يكون مع وجود الشبهة، فتنافيا. وإذا كان كذلك، ووجب الحد صار زانياً، وولد الزنى لا يلحق بالزاني لقوله ﷺ: «الولدُ للفراشِ وللعَاهِرِ الحَجَرُ»[1] ويكون الولد موقوفاً للابن.

وإن لم يجب الحد على الأبِ، لحق به الولد، لأن الشبهة في ادراء الحد موجبة للحوق الولد. وإذا لحق به صار حراً، لأنه من شبهة ملك فكان حكمه كحكم الولد من ملك، كما أن الولد من شبهة نكاح في حكم الولد من نكاح.

فصل: فأما كونها أم ولد فمعتبر بحال الولد، فإن لم يلحق به لم تصر أم ولد، وإن لحق به الولد فهل تصير أم ولد، أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وهو المنصوص عليه في هذا الموضع: إنها تصير له أم ولد، وبه قال الربيع.

---

(١) حديث أبي هريرة: أخرجه البخاري (٦٧٥٠ و٦٨١٨)، ومسلم (١٤٥٨)، والترمذي (١١٥٧)، والنسائي: ٦/ ١٨٠، وابن ماجة (٢٠٠٦). وعند ابن حبان (٤١٠٤) من حديث ابن مسعود والنسائي: ٦/ ١٨١ والولد للفراش: أي للزوج والمولى، لمالك الفراش، والمرأة تسمّى فراشاً، لأن الرجل يفترشها.

والعاهر: أي الزاني، أي لا حظّ للزاني في الولد، وإنما هو لصاحب الفراش أي زوجها، أو المولى، وللزاني الخيبة.

والقول الثاني: وهو المنصوص عليه في الدعوى والبينات: أنها لا تصير له أم ولد، وبه قال المزني.

فإذا قيل بالأول: أنها تصير أم ولد، وهو اختيار الربيع وجمهور أصحابنا، فوجهه: هو أنه لما لحق به ولدها بشبهة الملك كلحوقه في حق المالك، وجب أن تصير له أم ولد بشبهة الملك، كما تصير له أم ولد بالملك.

وإذا قيل بالثاني: إنها لا تصير أم ولد وهو اختيار المزني، فوجهه: هو أنه أولدها في غير ملك، فلم تصر به أم ولد. وإن أعتق الولد كالغارة التي يتزوجها بشرط الحرية، فتكون أمة. فإن ولده منها حر، ولا تصير به أم ولد، فأما المزني فإنه استدل لصحة هذا القول بثلاثة أشياء:

أحدها: إن قال: «قد أجاز الشافعي للابن أن يزوج أباه بأمته، ولو أولدها من هذا الوطء الحلال لم تصر أم ولد، فكيف تصير أم ولد بوطء حرام؟».

والثاني: إن قال: ليس الأب شريكاً فيها، فيكون كوطء أحد الشريكين إذا كان موسراً، فتصير به إذا أولدها أم ولد، لأن للشريك ملكاً، وليس للأب ملك.

والثالث: إن قال: لما لم تصر به أم ولد للشريك إذا كان معسراً، وله ملك، فلأن لا تصير به أم ولد للأب وليس له ملك أولى، فانفصل أصحابنا عن استدلال المزني ترجيحاً للقول الأول، بأن قالوا: أما استدلاله الأول بأن للابن أن يزوج أباه بأمته ولا تصير بالإحبال أم ولد، فمدفوع عنه.

واختلفوا في سبب دفعه، فكان أبو العباس ابن سريج وأبو إسحاق المروزي: ينسبان المزني إلى السهو والغفلة في نقله، وإنه غلط من تزويجه بجارية أبيه إلى تزويجه بجارية ابنه، ومنعوا أن يتزوج الأب بجارية الابن، وإن حل للابن أن يتزوج بجارية الأب، وإن الشافعي قد قال ذلك نصاً في الدعوى والبينات[1] لأن على الابن أن يعف أباه فلم يجز أن يزوجه بأمته، وليس على الأب أن يعف ابنه فجاز أن يزوجه بأمته. وإنما كان وجوب إعفافه على الابن يمنعه من التزويج بأمة الابن، لأن الحر لا يجوز له أن ينكح الأمة إلا بشرطين: عدم الطول، وخوف العنت. فإن كان الأب موسراً لم يعدم الطول، وإن كان معسراً صار بوجوب إعفافه على الابن واجداً للطول، فعلى هذا استدلاله مدفوع بغلطه.

---

(١) راجع الأم، باب دعوى الولد: ٦/ ٢٥٠ ـ ٢٥١.

وقال آخرون: بل نقل المزني صحيح في تزويج الأب بجارية ابنه، ثم اختلفوا في صحة هذا النقل على وجهين:

أحدهما: أنه عام في جواز تزويجه بها، وأنه قول ثانٍ للشافعي رضي الله عنه: أنه لا يلزم الابن إعفاف أبيه، كما لا يلزم الأب إعفاف ابنه.

والوجه الثاني: أنه جوز تزويجه بها في موضع مخصوص لا على العموم، وإن كان إعفافه على الابن واجباً ومن قال بهذا، اختلفوا في موضع الخصوص الذي يجوز فيه تزويجه بها على وجهين:

أحدهما: أن أباه كان مملوكاً فزوجه بأمته، لأن إعفافه لا يجب عليه، ولو كان حراً لم يجز.

والثاني: أن الابن كان معسراً لا يملك غير الأمة وهو إليها محتاج، فزوجه بأمته لأنه معسر، لا يجب عليه إعفاف أبيه، ولو كان موسراً لم يجز.

فعلى هذا، إذا كان له على هذا الوجه المخصوص أو على ما تقدم من الوجه العام تزويج أبيه بأمته، لم تصر بإحبال الأب أم ولد، وإن صارت بإحباله لها في غير نكاح أم ولد.

والفرق بينهما: أنه إذا وطئها بشبهة الملك من غير نكاح، كان الولد حراً فانتشرت حرمته، وتعدت إلى أمه، فصارت أم ولد. وإذا وطئها في نكاح كان الولد مملوكاً، ليس له حرية تتعدى إلى الأم، فلم تصر به أم ولد.

وأما استدلاله الثاني في أنه ليس بمالك، فخالف الشريك المالك، فهو محجوج به. لأنه لما صارت حصة غير الواطىء أم ولد للواطىء وليس ملكاً له، ولا له فيها شبهة ملك، فلأن تصير جارية الابن أم ولد للأب، لأن له فيها شبهة ملك، وإن لم يكن له فيها ملك، أولى.

وأما استدلاله الثالث، بأنه لما لم تصر حصة الشريك باعتبار الواطىء أم ولد للشريك الواطىء وله ملك، فلأن لا تصير للأب الذي ليس له ملك أولى، فهو خطأ، لأن اعتبار الأب مخالف لإعسار الشريك، لأن الأب يقوي شبهته بإعساره لوجوب إعفافه والشريك تضعف شبهته بإعساره في أنه لا يتعدى عتقه إلى حصة الشريك، ثم يسار الأب مخالف

ليسار الشريك، لأن الأب لا يخلو عفافه بيساره، والشريك يتعدى عتقه إلى حصة شريكه بيساره، فصار إعسار الأب مساوياً ليسار الشريك، لا لإعساره، وقد ثبت أن يساره موجب لكونها أم ولد، فكذلك الأب.

فصل: فأما وجوب قيمتها على الأب فعلى ضربين:

أحدهما: أن يلحق به ولدها.

والثاني: أن لا يلحق به.

فإن لم يلحق به ولدها، لم يخل حالها من أحد أمرين.

أما أن تموت بالولادة، أو لا تموت.

فإن لم تمت بالولادة، فليس عليه قيمتها لأنها باقية على رق الابن، وهو قادر على بيعها وأخذ ثمنها. وإن ماتت بالولادة ففي وجوب قيمتها عليه لأجل استهلاكه لها، لا لأجل كونها أم ولد قولان ذكرناهما في كتاب الغصب.

أحدهما: عليه غرم قيمتها لتلفها بسبب من جهته.

والقول الثاني: لا يلزمه غرم قيمتها، لأن نشوء الولد الذي حدث به موتها ليس من فعله، ويجوز أن يكون موتها بغيره.

فعلى هذا لو قيل بالأول: أنه غارم للقيمة، لزمته قيمتها أكثر ما كانت من وقت الوطء المحبل إلى وقت التلف، وإن نقصتها الولادة ولم تمت، ضمن نقص قيمتها كالمغصوبة.

وعلى القول الثاني: لا يلزمه ضمان قيمتها، ولا ضمان نقصها، فهذا حكم ضمانها إذا لم يلحق به ولدها.

فأما إذا لحق به ولدها، فإن جعلناها له أم ولد ضمن قيمتها يوم العلوق لأنها به صارت أم ولد، وسواء ماتت بالولادة أو لم تمت، وسواء كان الأب موسراً أو معسراً، ولا وجه لما فرق به بعض أصحابنا بين: يساره، وإعساره كوطء أحد الشريكين، لأننا جعلناها أم ولد للأب لحرمة الولد بشبهة الملك، فاستوت الحال في يساره وإعساره. ولو جعلناها أم ولد في حصة الشريك لدفع الضرر عنه، فافترق الحكم في يسار الواطىء وإعساره، إذ لو جعلناها في اعتبار الواطىء أم ولد لأدخلنا على الشريك الضرر، ولم يرفعه عنه وإن لم نجعلها للأب أم ولد، فعلى ضربين:

أحدهما: أن تموت بالولادة، فيلزمه غرم قيمتها قولاً واحداً، بخلاف التي لم يلحق به ولدها في أحد القولين، لأن ولد هذه لاحق به، فكان سبب موتها متصلاً به، وولد تلك غير لاحق به فكان سبب موتها منفصلاً عنه.

والضرب الثاني: أن لا تموت فلا يلزمه قيمتها، لا في حال الحمل، ولا بعد الوضع.

وقال أبو حامد الاسفرائيني: يؤخذ قيمتها مدة الحمل إلى أن تضع، فإذا وضعت استرجع القيمة، لأن الابن ممنوع من بيعها بإحبال الأب لها، لكون ولدها حراً، فلا يصح بيعها مع الولد لحريته، ولا يجوز استثناء ولدها في البيع، لأن بيع الحامل دون ولدها لا يصح، فصارت ممنوعة من تصرف المالك، فجرى عليها حكم المغصوبة إذا أبقت، يؤخذ الغاصب بقيمتها حتى إذا عادت ردت القيمة، كذلك هذه.

وهذا خطأ، لأن القيمة إنما تستحق عند استهلاك العين وتعذر القدرة على التصرف في الملك، والعين ها هنا موجودة، والتصرف فيها بغير البيع ممكن، فلم يجز مع بقائها في يده وتصرفه فيها أن يجمع بينها وبين قيمتها، بخلاف المغصوبة إذا أبقت يكن له عليها يد، ولا هو على التصرف في منافعها قادر، وليس ما اقتضاه الشرع من تأخير بيعها إلى وقت الوضع موجباً لأخذ القيمة، لأنه تأخير يتوصل به إلى التسليم، كالمغصوبة إذا هربت إلى مكان معروف يؤخذ الغاصب بردها، ولا يؤخذ بقيمتها، كذلك هذه في مدة حملها. فهذا وجه، ثم يفسد ما قاله من وجه ثان وهو: أن القيمة إنما تستحق إذا ملكت ملكاً مستقراً في الظاهر، لأن المغصوبة به إذا أبقت يحكم بقيمتها تغليباً لحكم الفوات، وهذه القيمة لا تملك ملكاً مستقراً، وإنما تصير في يده: إمّا كالعارية، وإما كالرهن، وليس واحد منهما بواجب. فلماذا يحكم بها غير مملوكة، ولا معارة، ولا مرهونة؟ ثم يفسد من وجه ثالث وهو: أنه يصير جامعاً بين الرقبة والقيمة واحد بدل الآخر، فلم يجز الجمع بينهما.

فصل: وأما وجوب قيمة الولد فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون مملوكاً لا يلحق بالأب، فليس عليه قيمته لبقاء رقه، ولا يعتق على الابن لأنه غير مناسب، ولو ناسبه لناسبه بالأخوة.

والضرب الثاني: أن يكون الولد حراً قد ألحق بالأب، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن لا تجعل أمه أم ولد، ويستبقيها على رق الابن، فيجب على الأب غرم قيمته لأنه قد استهلك رقه بالحرية، واعتبر قيمته وقت الولادة.

وقال أبو يوسف: وقت الترافع إلى القاضي. وهذا خطأ، لتقدم استهلاكه بالحرية على وقت الترافع إلى القاضي، لأنه عتق وقت العلوق، ولكن لم يتمكن الوصول إلى قيمته إلا عند الولادة، فكذلك اعتبرناها فيه. ولو أمكن الوصول إلى قيمته وقت العلوق، لاعتبرناه.

والضرب الثاني: أن تجعل أمه أم ولد، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تضعه بعد دفع قيمتها، فلا يلزم الأب قيمة ولدها لأنها بدفع القيمة قد استقرت له أم ولد، فصارت واضعة له في ملكه.

والضرب الثاني: أن تضعه قبل دفع قيمتها، ففي وجوب قيمتها قولان مبنيان على اختلاف قوله: متى تصير أم ولد؟ فأصح قوليه: أنها تصير أم ولد بنفس العلوق. فعلى هذا لا يلزم قيمة الولد، لأنها تضعه بعد كونها أم ولد.

والقول الثاني: أنها تصير أم ولد بالعلوق مع دفع القيمة، فعلى هذا يلزم قيمة الولد، لأنها لم تكن وقت الولادة أم ولد، فهذا وطء الأب جارية ابنه.

وكذلك لو وطىء جارية بنته أو بنت ابنه، أو ابن بنته، أو من سفل من أولاده. والله أعلم.

فصل: فأما إذا وطىء الابن جارية أبيه فهو زان، والحد عليه واجب إن لم يجهل التحريم، بخلاف الأب لما قدمناه من الفرق بينهما في الشبهة في الإعفاف وفي الحرمة في القصاص، فيجري عليه حُكم الزنى في وجوب الحد، واستحقاق المهر إن أكرهها. وفيه: إن طاوعته قولان، ولا يلحق به ولدها، ولا تصير به أم ولد. وفي وجوب قيمتها إن ماتت من الولادة قولان.

وإن كان جاهلاً بتحريمها لإسلامه حديثاً، أو قدومه من بادية نائية، صار ذلك شبهة له يسقط عنه الحد، ووجب عليه المهر في الإكراه والمطاوعة، ولحق به الولد مملوكاً في حال العلوق، ولأنه لم يكن له شبهة ملك كالأب، ولا أعتقد حرمة الموطوءة كالغارة، فلذلك كان الولد في حال العلوق مملوكاً، لكنه يعتق على الأب لأنه ابن ابنه، ومن ملك ابن ابنه عتق عليه، ولا يرجع بقيمته على الابن، لأنه لما لم يملك رقه لم يملك قيمته، ولا تصير الأمة أم ولد للابن في الحال، ولأن ملكها في ثاني حال، لأنها ما علقت منه بحر وإنما

صار بعد الوضع حراً، فلم يتعد إليها حكم حريته، كما لو أولدها من نكاح ثم ملكها لم تصر له أم ولد، لأنها علقت منه بمملوك. ثم هكذا حكم الابن إذا وطىء جارية أبيه أو جده أو جدته، أو وطىء الأخ جارية أخيه.

فصل: وإذا قد مضى الكلام في وطء الأب جارية ابنه، ووطء الابن جارية أبيه، فسنذكر ما يجب على كل واحد منهما من إعفاف صاحبه.

أما الابن فلا يجب على الأب إعفافه، وإن وجبت عليه نفقته، لأن نفقة الابن بعد الكبر مستصحبة بحال الصغر التي لا يراعى فيها الإعفاف، فاستقر فيه حكم ما بعد الكبر اعتباراً بحال الصغر.

وأما الأب، فوجوب إعفافه على الابن معتبر بوجوب نفقته عليه. فإن كان الأب موسراً لم تجب عليه نفقته ولا إعفافه، وإن كان معسراً نظر فيه: فإن كان عاجزاً عن الكسب بزمانةٍ أو هرم وجبت نفقته، وإن كان قادراً عليه ففي وجوب نفقته قولان:

أحدهما: يجب اعتباراً بفقره.

والثاني: لا يجب، اعتباراً بقدرته. فإن لم تجب نفقة الأب لم يجب إعفافه، وإن وجبت نفقته، فإن لم يكن به إلى الزوجة حاجة لضعف شهوته، لم يجب على الابن تزويجه وإن كان محتاجاً إلى النكاح لقوة شهوته، ففي وجوب إعفافه على الابن قولان:

أحدهما: نقله ابن خيران وتأوله غيره من كلام المزني ها هنا: أنه لا يجب إعفافه، وإن وجبت نفقته، وبه قال أبو حنيفة اعتباراً بأمرين:

أحدهما: بالابن، في أن وجوب نفقته لا تقتضي وجوب إعفافه لو احتاج.

والثاني: بالأم في أن وجوب نفقتها لا يقتضي وجوب إعفافها لو احتاجت. فإن كان إعفافه معتبراً بالطرف الأدنى سقط بالابن، وإن كان معتبراً بالطرف الأعلى سقط بالأم.

والقول الثاني: نص عليه في الدعوى والبينات، وهو اختيار جمهور أصحابنا: أن إعفافه واجب كنفقته، لعموم قوله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفاً﴾[1] وإعفافه من المعروف، ولأنه لما وقيت نفس الأب بنفس الابن، فلم يقتص من الأب بالابن، فأولى أن

---

(١) سورة لقمان، الآية: ١٥.

توقّى بمال الابن في وجوب إعفافه على الابن، وبهذا المعنى فرقنا بينه وبين الابن في الإعفاف للافتراق بينهما في القصاص.

فأما الفرق بين الأب والأم في الإعفاف، هو أن إعفاف الأب التزام، فوجب على الابن، وإعفاف الأم اكتساب، فلم يجب على الابن.

فصل: فإذا تقرر وجوب إعفاف الأب على أصح القولين، فالكلام فيه يشتمل على ثلاثة فصول:

أحدها: فيمن يجب إعفافه من الآباء.

والثاني: فيمن يجب عليه الإعفاف من الأبناء.

والثالث: فيما يكون به الإعفاف.

فأما الفصل الأول، فيمن يجب إعفافه من الآباء: فهو كل والد فيه تعصب وإن علا، سواء كان ذا عصبة من قبل الأب كأبي الأب، أو كان ذا رحم كأبي الأم، وهما في وجوب النفقة والإعفاف سواء. وهكذا أبو أب الأب، وأبو أم الأم، وهكذا أبو أم الأب، وأبو أم الأم هما سواء في الدرج، وسواء في وجوب النفقة والإعفاف. وهكذا لو اختلف درجهما، فكان أحدهما أبا أب، والآخر أبا أم، وجبت نفقتهما وإعفافهما إذا أمكن تحمل الولد لهما: فأما إذا اجتمع أبوان وضاقت حال الابن عن نفقتهما وإعفافهما، وأمكنه القيام بأحدهما، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يستويا في الدرج.

والثاني: أن يتفاضلا.

فإن استويا في الدرج فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون عصبة، والآخر ذا رحم، كأبي أب الأب، وأبي أبي الأم، والعصبة منهما أحق بتحمل نفقته وإعفافه من ذي الرحم لقوة شبهته.

والضرب الثاني: أن يكونا جميعاً ذا رحم كأبي أم الأب، وأبي أب الأم، فهما سواء في الدرجة والرحم، وليس يجوز أن يستوي أبوان في الدرجة والتعصيب، وإن جاز أن يستويا في الدرجة والرحم. وإذا كان كذلك وجب أن يستوي بينهما لاستواء سببهما، وفي كيفية التسوية بينهما إذا عجزه القيام بهما وجهان:

أحدهما: ينفق على أحدهما يوماً وعلى الآخر يوماً، لتكمل نفقة كل واحد منهما في يومه.

والوجه الثاني: وهو عندي أصح، ينفق على كل واحد منهما في كل يوم نصف نفقة، لتكون النفقة في كل يوم بينهما.

فأما الإعفاف فلا يجيء فيه هذان الوجهان، لأن المهايأة بينهما فيه على الوجه الثاني لا يمكن، وإذا لم يمكنا وجب مع استواء سببهما أن يقرع بينهما فيه، فأيهما قرع كان أحق بالإعفاف من الآخر. وأما إنْ تفاضلا في الدرج، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون الأقرب عصبة والأبعد ذا رحم كأبي الأب وأبي أم الأم، فيكون أبو الأب أحق بالنفقة والإعفاف من أبي أم الأم، لاختصاصه بسببي القرب والتعصيب.

والضرب الثاني: أن يكون الأقرب ذا رحم والأبعد عصبة كأبي الأم وأبي أب الأب، فقد قال أبو حامد الاسفرائيني: هما سواء، لأن الأقرب منهما ناقص الرحم، والأبعد منهما زائد بالتعصيب، فتقابل السببان، فاستويا.

وهذا الذي قاله عندي غير صحيح، بل الأقرب منهما أحق. وإن كان ذا رحم من الأبعد، وإن كان ذا تعصيب، لأن المعنى في استحقاق النفقة والإعفاف هو الولادة دون التعصيب، فإذا تساوت الدرج وقوي أحدهما بالتعصيب، كان أحق كأخوين أحدهما لأب وأم والآخر لأب. . وإذا اختلفت الدرج كان الأقرب أحق، وإن قوي الآخر بالتعصيب كأخ لأب وابن أخ لأب وأم.

فصل: وأما الفصل الثاني فيمن يجب عليه الإعفاف من الأبناء، فهم: البنون، ثم البنات، ثم بنوهما وإن بعدوا. فيجب على الابن إذا كان حراً موسراً دون البنت، وإن كانت موسرة، كما يتحمل الأب نفقة ابنه دون الأم، فإن أعسر به الابن تحملته البنت، كما لو أعسر الأب تحملتها الأم.

فلو كان للأب ابنان موسران تحملا بينهما نفقته وإعفافه، فيحمل كل واحد نصف الإعفاف. وفي كيفية تحمله لنصف النفقة وجهان على ما مضى.

فلو كان أحدهما موسراً، والآخر معسراً، تحمل ذلك الموسر منهما دون المعسر. فلو أيسر المعسر وأعسر الموسر، تحولت النفقة من المعسر إلى الموسر. فأما الإعفاف،

فإن كان قد عجله من أعسر سقط عمن أيسر إلا ما يستحق بالإعفاف من نفقة الزوجة، وإن لم يعجله من أعسر يلتزمه من أيسر. فلو كان للأب بنت وابن ابن وهما موسران، كان ابن الابن أحق بتحملهما من البنت، كما يكون الجد أحق بتحمل النفقة من الأم. فلو كان له ابن بنت وبنت ابن، ففي أحقهما بتحمل الإعفاف والنفقة ثلاثة أوجه:

أحدها: ابن البنت لأنه ذكر.

والثاني: بنت الابن لإدلائها بذكر.

والثالث: أنهما سواء، لأن الذكر يدلي بأنثى، والأنثى مدلية بذكر، فصار في كل واحدة من الجهتين: ذكر وأنثى. فلو أعف الابن أباه ثم أيسر الأب، سقطت عن الابن نفقة من أعفه بها من زوجة أو أمة، ولم يكن للإبن أن يرجع على أبيه بالأمة إن كان قد أعفه بها، ولا بصداق الحرة إن كان قد زوجه بها، لأنه قد يستحقه بسبب لا يعتبر استدامة، كما لا يعتبر استدامة عدم الطول وخوف العنت بعد نكاح الأمة.

فصل: وأما الفصل الثالث فيما يكون به الإعفاف، فهو ما خص الفرج من استمتاع بحرة يزوجه بها، أو يتسرى بأمة يملكه إياها، والخيار فيه بين التزويج والتسري إلى الابن دون الأب. فإن أراد الابن أن يزوجه بنفسه لم يجز، لأن الأب رشيد لا يولى عليه، ولكن يتزوج الأب ويلتزم الابن صداق الزوجة، ثم نفقتها وكسوتها، وليس للأب أن يغالي في صداق زوجته، وفيما يستحقه من ذلك وجهان.

أحدهما: أقل صداق من تكافئه من النساء اعتباراً بحاله.

والوجه الثاني: من يستمتع بها من جميع النساء اعتباراً بحاجته، وليس على الابن أن يحمله على تزويج من لا متعة فيها من الأطفال وعجائز النساء وذوات العيوب التي يفسخ بها النكاح، ومن تشوه خلقها لنفور النفس منهن وتعذر الاستمتاع بهن.

لكن لا فرق بين المسلمة والذمية، فأما الأمة فلا يجوز أن يزوجه بها، لأن الأمة لا يتزوجها إلا من عدم الطول وهو بالابن واجد للطول، فهذا حكم عفافه. فأما إعفافه بملك، فالابن بالخيار: بين أن يهب له أمة من إمائه على الوصف الذي ذكرنا ببذل وقبول وإقباض لينتقل بصحة الهبة بالبذل والقبول، واستقرارها بالقبض من ملك الابن إلى ملك الأب، وبين أن يأذن له في ابتياع أمة يدفع عنه ثمنها.

فإن ابتاعها الابن له، نظر: فإن كان بإذنٍ، صح الشراء له، وجاز له الاستمتاع بها لاستقرار ملكه عليها. وإن كان بغير إذنه، فالشراء للابن دون الأب، لأن الشراء لا يصح. فإن استأنف الابن هبتها له على ما ذكرنا، صارت ملكاً له بالهبة دون الشراء، وجاز له الاستمتاع بها، ثم على الابن التزام نفقتها وكسوتها كالحرة.

فلو أذن الابن لأبيه في وطء أمة له لم يهبها له، لم يجز للأب وطؤها، لأن الأمة لا يجوز وطؤها إلا: بملكٍ، أو يمينٍ، أو عقد نكاحٍ، والأب لم يملكها بهذا الاذن، ولا يصح أن يتزوجها لوجود الطول.

فلو زوجه الابن أو سراه، فأعتق الأب أو طلق، لم يلزم الابن أن يزوجه ويسريه ثانية بعد طلاقه وعتقه، لأن الأب قد استهلك بنفسه ما استحقه من ذلك. فلو ألزم الابن مثله لفعل الأب مثله، فأدى إلى ما لا نهاية له. ولكنْ لو ماتت الزوجة أو الأمة حتف أنفها، ففي وجوب إعفافه على الابن ثانية وجهان:

أحدهما: يجب لبقاء السبب الموجب له، وإنه غير منسوب إلى تفويت حقه منه.

والوجه الثاني: أنه لا يجب عليه غير الأولى، لأنه عقد يوضع للتأبيد في الأغلب والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ وفي هذا دليلٌ أنّ الله تعالى أرادَ الأحرارَ لأنّ العبيدَ لا يملكُونَ)(١).

قال الماوردي: إنما أراد الشافعي بهذا للعبد أن يتسرى، وهو مبني على أن العبد: هل يملك إذا ملك، أم لا؟.

فلا يختلف الفقهاء أنه ما لم يملكه السيد لم يملك، ويكون جميع ما يكتسبه من صيد أو احتشاش أو بضيعةٍ أو عملٍ ملكاً لسيده دونه، وإن مَلَّكه السيد، فهل يملكَ أم لا؟ فيه قولان:

أحدهما: وهو قوله في القسم: إنه يملك إذا ملك، وبه قال: مالك، وداود.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٧. وسورة المؤمنون: ٥ ـ ٦.

ثم اختلفوا في حكم ملكه على هذا القول، فعلى مذهب الشافعي: يكون ملكاً ضعيفاً لا يتحكم فيه إلا بإذن السيد، وللسيد استرجاعه.

وقال مالك: هو ملك قوي يتحكم فيه كيف شاء، لكن للسيد استرجاعه، وقال داود: هو ملك.

والقول الثاني: قاله الشافعي في الجديد: إنه لا يملك إذا ملك، وبه قال أبو حنيفة، وقد مضى توجيه القولين في كتاب البيوع.

فإذا تقرر القولان وأراد العبد أن يتسرى بأمة، فإن لم يملكه السيد إياها لم يكن له أن يطأها، وإن أذن له السيد فيه، لأنه لا يحل لأحد أن يستبيح إلا وطء زوجته أو ملك يمين، وليست هذه الأمة المأذون للعبد في وطئها زوجة له ولا ملك يمين، فلم يحل له وطؤها بمجرد الإذن، كما لا يحل لغيره من الناس أن يطأها بإذن السيد.

وإن ملكه السيد إياها فعلى قوله في القديم: يصير ملكاً لها، وليس له أن يطأها متسرياً لها ما لم يأذن له السيد في وطئها، وإن صار مالكاً لها لأن ملكه ضعيف. فإن أذن له في وطئها، جاز له حينئذ التسري بها ما لم يرجع السيد في ملكه أو إذنه.

وروي عن ابن عباس: أنه أجاز لعكرمة، أن يتسرى بجاريةٍ أعطاهُ إياها[1].

وروي عن ابن عمر: أن العبد يتسرَّى بها[2] لزوال السبب الذي استباح به التسري.

---

(١) أخرج عبد الرزاق (١٢٨٤٤) عن عكرمة عن ابن عباس: لا بأس أن يتسرى العبد. وفي (١٢٨٤٤) أن أبا معبد مولى ابن عباس: أن عبداً لابن عباس، وكانت له امرأة جارية لابن عباس فطلّقها، فبتّها، فقال ابن عباس: إنك لا طلاق لك، فأرجعها، فأبى، فقال ابن عباس: هي لكَ، فاستحلّها بملك اليمين، فأبى. أخرجه البيهقي: ٧/ ١٥٢ ونقل عن الشافعي قال في الجديد: وابن عباس إنما قال ذلك لعبد طلّق امرأته فقال: ليس لكِ طلاق، وأمره أن يمسكها فأبى فقال: هي لك فاستحلها بملك اليمين، يريد أنها حلال له بالنكاح ولا طلاق له. وارجع قول الشافعي في الأم باب تسري العبد: ٥/ ٤٣ ـ ٤٤.

(٢) أخرجه البيهقي: ٧/ ١٥٢ عن سفيان، عن أيوب، عن نافع قال: «كان عبيد ابن عمر يتسرون فلا يعيب عليهم». ونقل عن الشافعي في الجديد: منع العبد من التسرّي وعارض هذا الأثر، بأثر نقله عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر كان يقول: لا يطأ الرجل وليدة، إلا وليدة باعها، وإن شاء وهبها، وإن شاء صنع بها ما شاء، وقال: وهذا إنما قاله ابن عمر في الحر إذا اشترى وليدة بشرط فاسد. راجع الأم: ٥/ ٤٣. والأثر الأول: أخرجه ابن أبي شيبة: ٣/ ٣٠٩ ومن رخص في العبد يتسرى: نافع، والحسن، وعمر بن عبد العزيز، وإبراهيم، والشعبي، وعطاء، وابن عباس. وراجع: مختصر المزني، ص: ١٦٨.

فلو كان العبد قد أولدها صارت له أم ولد، وحرم عليه بيعها، فإن رجع السيد عليه بها جاز للسيد بيعها لأنها صارت أم ولد في حق العبد، لا في حق السيد، هذا كله حكم قوله في القديم.

وأما على قوله في الجديد: فلا يملكها العبد، وإن ملكه السيد فلا يجوز له أن يتسرى بها، وإن أذن له السيد.

والمروي عن ابن عباس: أنه أجاز لعكرمة أن يتسرّى بجاريةٍ أعطاهُ إياها. فالمروي خلافه، وهو: أنه كان قد زوَّجه بها ثم طلّقها عكرمة بغير إذنه، وكان ابن عباس يرى أن طلاق العبد لا يقع بغير إذن سيده، فأمره بالمقام عليها، فكره عكرمة ذاك، فأباحه أن يتسرى تطيباً[1] لنفسه، ومعتقداً أن الإباحة بعقد النكاح.

وأما ابن عمر فقد روي عنه خلاف ما ذكر، قال ابن عمر: لا يطأُ الرّجُلَ وليدةً إنْ شاءَ باعَها، وإنْ شاء وهبَها، وإنْ شاء صنعَ بها ما شاء[2] يريدُ بذلك: الأحرار دون العبيد، لكنْ إنْ وطئها العبد على هذا القول فلا حدَّ عليه لمكان الشبهة.

فصل: فلو زوج الرجل عبده بأمته ثم باعهما، أو أحدهما، أو وهبها، أو أحدهما، كان النكاح بحاله. ولو وهب العبد لزوجته وأقبضها إياه، فعلى قوله في القديم: تملكه بالهبة ويبطل النكاح، لأن المرأة لا يصح أن تملك زوجها، فيكون بعد الملك زوجاً لها، وهكذا لو وهب الأمة لزوجها ملكها وبطل نكاحها. وعلى قوله في الجديد: لا تصح الهبة، ويكون النكاح بحاله. والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (فلا يحلُّ أن يتسرَّى العبدُ ولا مَنْ لم تكملْ فيه الحرّيةُ بحالٍ)[3].

قال الماوردي: أما التسرِّي، فهو الاستمتاع بالأمة، لأنها تسمى إذا كانت من ذوات المنع سرية، وفي تسميتها بذلك تأويلان:

أحدهما: مأخوذ من السرّ وهو الجماع، لأنه المقصود من الاستمتاع بها.

والثاني: أنه مأخوذ من السرور، لأنها تسر المستمتع بها.

---

(١) الأثر عن ابن عباس: سبق تخريجه.

(٢) الأثر عن ابن عمر: سبق تخريجه.

(٣) مختصر المزني، ص: ١٦٨.

فأما تسري العبد فقد مضى الكلام فيه وكذلك حكم المدبر، والمخارج، والمعتق على صفة لم توجد، والمكاتب. فأما من تبعضت فيه الحرية والرقّ فكان بصفة حراً وبصفة مملوكاً، فهو يملك بنصفه الحر من إكسابه مثل ما يملك السيد بنصفه المملوك، فإن هايأه السيد على يومٍ، ويوم كان ما كسبه في يومه ملكاً له، وما كسبه في يوم سيده، ملكاً لسيده. وإن يهأياه، كان نصف ما كسبه العبد في كل يوم ملكاً لنفسه، ونصفه ملكاً لسيده. فإذا اشترى بما يملكه من كسبه أمة، ملكَها ملكاً مستقراً، لأنه ملك بحريته لا بتمليك سيده، لكن ليس له وطئها بغير إذن سيده، وإن ملكها لأمرين:

أحدهما: أن أحكام الرق عليه أغلب في جميع أحكامه، فكذلك في تسريه.

الثاني: أن الحرية لا تتميز في أعضائه من الرق، فكل عضو منه مشترك الحرية والرق، فلم يجز أن يطأ بعضو بعضه مرقوق للسيد إلا بإذنه، كما لو كان جميعه مرقوقاً فإذا ثبت هذا، فالشرط في إباحة تسرية إذن السيد دون تمليكه وإن افتقر في العبد إلى تمليكه وإذنه، لأن هذا ملك فلم يفتقر إلى تمليكه، والعبد غير مالك فافتقر إلى تمليكه.

فإن أذن له جاز تسريه، فإن أولدها صارت له أم ولد وحرم بيعها بكل حال، لأنها ملكت بحريته فجرى عليها حكم أمهات الأولاد الأحرار، وكان أولاده منها أحراراً لاختصاصهم بحريته دون رقّه.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولا يفسخُ نكاحُ حاملٍ من زنىً، وأحبُّ أن يمسِكَ حتى تَضَع)[1].

قال الماوردي: اعلم أننا نكره للعفيف أن يتزوج الزانية، ونكره للعفيفة أن تتزوج بالزاني، لعموم قوله تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾[2] الآية، ولما روي عن النبيّ ﷺ أنه قال: «فعليْكَ بذاتِ الدِّيْنِ تربَتْ يداك»[3].

وإذا كان كذلك فالكلام في نكاح الزانية يشتمل على ثلاثة فصول:

أحدها: في الرجل إذا زنى بامرأة، هل يحل له نكاحها أم لا؟.

والفصل الثاني: في زوجة الرجل إذا زنت، هل يبطل نكاحها أم لا؟.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٨.

(٢) سورة النور، الآية: ٣.

(٣) سبق تخريجه.

والفصل الثالث: في الزنى هل يتعلق عليه شيء من أحكام النكاح أم لا؟.

فأما الفصل الأول، في الرجل إذا زنى بامرأة: فيحل له أن يتزوجها، وهو قول جمهور الصحابة والفقهاء وحكي عن علي بن أبي طالب رضوان الله عليه، والحسن البصري: أنها قد حرمت عليه أبداً، فلا يجوز أن يتزوجها بحال[1].

وقال أبو عبيد، وقتادة، وأحمد بن حنبل، وإسحاق: إن تابا من الزنى حل أن يتزوجها، وإن لم يتوبا لم يحل. قالوا: والتوبة أن يخلو أحدهما بصاحبه فلا يهم به استدلالاً بقوله تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾[2] فكان ما تقدم من المنع وتعقب من التحريم نصاً لا يجوز خلافه.

ودليلنا: قوله تعالى بعد ذكر المحرمات من ذوات الأنساب: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾[3] فكان على عمومه في العفيفة والزانية. وروى ابن شهاب عن عروة، عن عائشة،

---

(١) الأثر عن علي والصحابة: أخرج البيهقي: ٧/ ١٥٥، عن ابن عباس في الرجل يفجر بالمرأة ثمّ يتزوجها بعد قال: كان أوله سفاح وآخره نكاح، وأوله حرام وآخره حلال، وعن سعيد، عن قتادة، عن جابر بن عبد الله، وسعيد بن المسيب، وسعيد بن جبير: في الرجل يفجر بالمرأة ثمّ يتزوجها قالوا: لا بأس بذلك: إذا تابا وأصلحا وكرها ما كان.

وأخرج البيهقي: ٧/٨٥٦ عن علي في رجل تزوج بامرأة فزنى أحدهما مثل أن يدخل بها قال: ففرق بينهما. وفي إسناده: حنش غير قوي. وإسناد آخر منقطع وعن ابن مسعود: هما زانيان. وروي عنه أيضاً: إذا تابا وأصلحا له أن يتزوجها، ورواية في الرجل يفجر بالمرأة ثم يريد أن يتزوجها: لا بأس بذلك. وعن عائشة: لا يزالان زانيين، والأثر عن ابن عباس أخرجه عبد الرزاق (١٢٧٨٥) (١٢٧٨٨) و(١٢٧٩١) (١٢٨٩٢) وعن جابر (١٢٧٨٦): لا بأس بذلك، أول أمرها زناً حرام، وآخره حلال. وسعد بن جبير (١٢٧٨٩) وعن أبي بكر (١٢٧٩٥) قال: ما من توبة أفضل من أن يتزوجها، خرجا من سفاح إلى نكاح. وابن مسعود (١٢٧٩٨) قال: هما زانيان ما اجتمعا وفي (١٢٨٠٠) عن ابن مسعود قال: (وهو الذ يقبل التوبة عن عباده ويعفو عن السيئات) وعن عائشة (١٢٨٠١) قالت: لا نرى إلا زانيان ما اجتمعا. و(١٢٨٠٢) وعن ابن مسعود وعائشة مثله. وأخرج ابن أبي شيبة الآثار ٣/ ٣٦٠ ـ ٣٦٢ وسعيد بن منصور (٨٨٦) و(٨٨٧) و(٨٨٨) و(٨٨٩) و(٨٩٠) و(٨٩١) و(٨٩٢) و(٨٩٣) عن ابن عباس و(٨٩٦)، عن ابن ابن مسعود، و(٨٩٧) عن عائشة و(٨٩٨) عن البراء بن عازب و(٨٩٩) عن عائشة. و(٩٠٤) عن جابر.

(٢) سورة النور، الآية: ٣.

(٣) سورة النساء، الآية: ٢٣.

أن النبيّ ﷺ قال: «لا يحرِّمُ الحرامُ الحَلاَل»[١] وهذا نص. ولأنه منتشر في الصحابة بالإجماع، وروي عن: أبي بكر، وعمر، وابن عمر، وابن عباس، وجابر.

فروي عن أبي بكر رضي الله عنه قال: «إذا زَنَى رجلٌ بامرأةٍ لم يحرِّمْ عليه نكاحُها»[٢].

وروي عن عمر رضي الله عنه أنَّ رجلاً تَزَوَّجَ امرأةً وكانَ له ابن من غيرها، ولها بنتٌ من غيرِه، ففجرَ الغلامُ بالجاريةِ وظهرَ بها حمْلٌ، فلما قَدِمَ عمرُ مكةَ رَفعَ إليه، فسألَهُما فاعترفا، فجلدَهُما عمرُ الحدَّ وحرصَ أن يجمَعَ بينهما، فأبى الغلامُ[٣].

وروي عن عبد الله بن عمر، أنه كان له أمة، فظهرَ بالأمةِ حمْلٌ، فاتَّهم بها الغلامَ، فسأله فأنكرَ، وكان للغلام أصبعٌ زائدةٌ فقال له: «إنْ أتَتْ بولدٍ له أصبعٌ زائدة جلدْتُكَ، فوضعَتْ ولداً له أصبعٌ زائدة، فجلدَهُ ثم زوَّجه بها»[٤].

وروى عن ابن عباس: إنه سئل، أيتزوّجُ الزاني بالزّانية؟ فقال: نعم، لو سرقَ رجل من كرمٍ عنباً، أكان يحرِّمُ عليه أن يشتريه[٥] فهذا قولُ من ذكرنا ولم يصحَّ عن غيرهم خلافُه، فصار إجماعاً.

فأما استدلالهم بالآية فقد اختلف أهل التأويل فيها على ثلاثة أقاويل:

أحدها: أنها نزلت مخصوصة في رجل من المسلمين استأذن رسول الله ﷺ في امرأة يقال لها: أم مهزول، كانت من بغايا الجاهلية من ذوات الرايات، وشرطت له أن تنفق

---

(١) أخرج ابن ماجة من حديث ابن عمر في النكاح (٢٠١٥) والبيهقي: ٧/ ١٦٨ عن علي بن أبي طالب موقوفاً، وعن ابن عمر مرفوعاً وفي: ٧/ ١٦٨ عن عائشة مرفوعاً وقال: تفرّد به عثمان بن عبد الرحمن وهو ضعف، والصحيح عن الزهري عن علي مرسلاً وموقوفاً والدارقطني: ٣/ ٢٦٨.

(٢) الأثر عن أبي بكر: أخرجه عبد الرزاق (١٢٧٩٥) عن عبيد الله بن عتبة، سئل أبو بكر الصديق عن رجل زنى بامرأة ثم يريد أن يتزوجها قال: ما من توبة أفضل من أن يتزوجها، خرجا من سفاح إلى نكاح. و(١٢٧٩٦) وابن أبي شيبة: ٣/ ٣٦١ والبيهقي: ٧/ ١٥٥.

(٣) الأثر عن ابن عمر: أخرجه عبد الرزاق (١٢٧٩٣)، والبيهقي: ٧/ ١٥٥، وابن أبي شيبة: ٣/ ٣٦١، وسعيد بن منصور (٨٦٦).

(٤) الأثر عن ابن عمر، أخرجه عبد الرزاق (١٢٧٩٧).

(٥) أخرجه القرطبي في تفسيره: ١٢/ ١٦٩، وابن أبي شيبة: ٣/ ٣٦١ عن عكرمة والبيهقي: ٧/ ١٥٥.

عليه فأنزل الله تعالى هذه الآية[١]. وهذا قول ابن عمر، ومجاهد[٢].

والقول الثاني: أن المراد بالآية: أن الزاني لا يزني إلا بزانية، والزانية لا تزني إلا بزان، وهذا قول ابن عباس[٣].

والقول الثالث: أن الآية عامة في تحريم نكاح الزانية على العفيف، ونكاح العفيفة على الزاني، ثم نسخه قوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ وهذا قول سعيد بن المسيب[٤].

فصل: وأما الفصل الثاني في زوجة الرجل إذا زنت، هل يفسخ نكاحها أم لا؟ فمذهب الشافعي وجمهور الفقهاء: إن النكاح صحيح لا ينفسخ بزناهما وهو قول الصحابة، إلا حكاية عن علي بن أبي طالب رضوان الله عليه: أن نكاحها قد بطل، وهو قول الحسن البصري، لتحريم اجتماع الماءين في فرج واحد.

ودليلنا مع ما قدمناه من حديث عائشة[٥]، ما رواه أبو الزبير، عن جابر قال: جاء رجل إلى النبيّ ﷺ فقال: إنّ امرأتي لا تردُّ يدَ لامسٍ قال: «طلِّقْها». قال: إنِّي أحبُّها، قال: «استمتعْ بها»[٦]. فكنى بقوله: «لا تردّ يد لامس» عن الزنى، فأمره بطلاقها، ولو انفسخ

---

(١) الآية: ﴿الزاني لا ينكح إلا زانية﴾ سورة النور، الآية: ٣.

(٢) راجع تفسير القرطبي: ١٢/١٦٨. وأخرجه أبو داود في النكاح (٢٠٥١) من طريق عمرو بن شعب، عن أبيه، عن جده: أن مرثد بن أبي مرثد الغنوي كان يحمل الأسارى بمكة، وكان بمكة بغي يقال لها عَنَاق وكانت صديقته، قال: جئت إلى النبي ﷺ فقلت: يا رسول الله، أنكحُ عناق، قال: فسكت عني، فنزلت الآية، فدعاني وقرأها عليَّ وقال: لا تنكحها. والترمذ في التفسير (٣١٧٧) مطولاً. وقال: حدث حسن غريب، والنسائي: ٦/٦٦، والبيهقي: ٧/ ١٥٥، والأم: ٥/١٤٨.

(٣) راجع تفسير القرطبي: ١٢/١٦٨ ـ ١٦٩، والبيهقي: ٧/ ١٥٤، والأم: ٥/١٤٨.

(٤) البيهقي: ٧/ ١٥٤، وتفسير القرطبي: ١٢/ ١٦٩.

(٥) حديث عائشة: لا يحرم الحرام الحلال ـ سبق تخريجه.

(٦) حديث جابر: أخرجه الشافعي في الأم: ٥/ ١٢ و١٤٧. ثم أخرجه من طريق سفيان بن عيينة، عن هارون بن رئاب، عن عبد الله بن عبيد بن عمير وفي آخره: «فأمسكها إذاً» والبيهقي: ٧/ ١٥٥. والنسائي: ٦/ ٦٧ من طريق هارون بن رئاب، عن عبد الله وعبد الكريم، عن ابن عباس عبد الكريم يرفعه إلى ابن عباس، وهارون لم يرفعه وفيه: «استمتعْ بها». وقال النسائي: هذا الحديث ليس بثابت، وعبد الكريم ليس بالقوي وهارون أثبت منه، وقد أرسل الحديث، وهارون ثقة وحديثه أولى بالصواب من حديث عبد الكريم. وأخرجه ابن أبي شيبة: ٣/ ٣١٥ ـ ٣١٦ عن ابن عباس.

نكاحها بالزنى لما احتاج إلى طلاق. ثم لما أخبره بأنه يحبها أذن له في الاستمتاع بها، ولو حرمت عليه لنهاه عن الاستمتاع بها ولأعلمه تحريمها.

فإن قيل: فالمراد بقوله «لا تردُّ يدَ لامسٍ» أنها لا تردُّ متصدقاً طلبَ منها ماله، قيل: هذا خطأ من وجهين:

أحدهما: أنه لو أراد هذا لقال: لا ترد يد ملتمس، لأن الطالب يكون ملتمساً، واللامس يكون مباشراً، فلما عدل عنه إلى يد لامس، خرج عن هذا التأويل.

والثاني: أنها لو كانت تتصدق بماله لما خرج قوله فيها مخرج الذم، ولما أمره بطلاقها، ولأمره بإحراز ماله منها.

وروي أن رجلاً قال: يا رسول الله إنّ امرأتي ولدَتْ غلاماً أسودَ فقال له النبيّ ﷺ: «لعل عرق نزعَه»[1] فكانَ ذلك منه كناية عن زناها. ولأن العجلاني أخبر رسول الله ﷺ: أنه وجدَ مع امرأته رجلاً فلاعَنَ بينهما[2] ولم يجعلَها بالزنى حراماً. وروي أن النبيّ ﷺ

---

(١) حديث أبي هريرة: أن رجلاً من بني فزارة أتى رسول الله ﷺ فقال: إنّ امرأتي ولدت غلاماً أسود. فقال رسول الله ﷺ: «هل لكَ من إبلٍ؟ قال: نعم، قال: فما ألوانها؟ قال: حُمْرٌ، قال: فهل فيها مِنْ أوْرَق؟ قال: نعم... فقال: لعله نزعة عِرْقٌ».

أخرجه البخاري في الطلاق (٥٣٠٥) والحدود (٦٨٤٧) والاعتصام (٧٣١٤) ومسلم في اللعان (١٥٠٠) والشافعي في مسنده: ٢/ ٣١ وأحمد: ٢/ ٢٣٩ والترمذي (٢١٢٨) وأبو داود (٢٢٦٠) و(٢٢٦١) و(٢٢٦٢) وابن ماجة (٢٠٠٢) والبيهقي: ٧/ ٤١١ و٨/ ٢٥١ ـ ٢٥٢، والنسائي: ٦/ ١٧٨ ـ ١٧٩، والبغوي (٢٣٣٧). والأورق: سواد ليس بصافٍ.

(٢) حديث سهل بن سعد الساعدي: أن عويمر العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي فقال له: يا عاصم: أرأيت لو أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتلُهُ فتقتلونه؟ أم كيف يفعلُ؟ سلْ لي يا عاصم عن ذلك رسول الله ﷺ. فسأل عاصم رسول الله ﷺ عن ذلك، فكره رسول الله ﷺ تلك المسائل وعابها حتى كبرُ على عاصم ما سمع من رسول الله ﷺ، فلما رجع عاصم إلى أهله جاء عويمر وسأله فقال: يا عاصم، ماذا قال لك رسول الله ﷺ؟ قال عاصم لعويمر: لم تأتني بخير، قد كره رسول الله ﷺ المسألة التي سألته عنها، قال عويمر: والله لا أنتهي حتى أسأله عنها، فجاء عويمر ورسول الله ﷺ وسط الناس، فقال رسول الله ﷺ: قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك فاذهبْ فأتِ بها، فقال سهل: فتلاعنا وأنا مع الناس، فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر: كذبتُ عليها يا رسول الله، إنْ أمسكْتُها، فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمر رسول الله ﷺ.

أخرجه مالك في الموطأ: ٢/ ٤٤، والبخاري في الطلاق (٥٢٥٩) و(٥٣٠٨)، ومسلم (١٤٩٢) (١) وأبو داود (٢٢٤٥) والنسائي: ٦/ ١٤٣ ـ ١٤٤ والبيهقي: ٧/ ٣٩٨ ـ ٣٩٩، والبغوي (٢٣٦٦)، والشافعي في مسنده: ٢/ ٤٤ وأحمد: ٥/ ٣٣٦ ـ ٣٣٧ والدارمي: ٢/ ١٥٠، وابن حبان (٤٢٨٤).

قال: «لا تزنُوا فتزني نساؤُكُم فإنَّ بني فلان زَنوا فزنَتْ نساؤُهم»[(١)]. فدل هذا على بقائهم مع الأزواج بعد الزنى.

فأما تحريم اجتماع المائين في فرج، فنحن نوافق على تحريمها، وإذا اجتمعا ثبت حكم الحلال منها، وسقط حكم الحرام.

فصل: وأما الفصل الثالث في الزنى، هل يتعلق عليه شيء من أحكام النكاح أم لا؟ فالكلام في هذا يشتمل على فصلين:

أحدهما: في الزنى، هل ينشر عنه حرمته في تحريم المصاهرة، حتى يحرم عليه أمهاتها وبناتها، ويحرم على آبائه وأبنائه أم لا؟ وللكلام في هذا باب مفرد يأتي نحن نذكره فيه.

والفصل الثاني: هل لما ذكرنا حرمة تجب بها العدة، أم لا؟ فمذهب الشافعي: أنه لا حرمة له في وجوب العدة منه، سواء كانت حاملاً من الزنى أو حائلاً، وسواء كانت ذات زوج فتحل للزوج أن يطأها في الحال، أو كانت خلية فيجوز للزاني وغيره أن يستأنف العقد عليها في الحال، حاملاً كانت أو حائلاً، غير أننا نكره له وطئها في حال حملها حتى تضع.

وقال مالك، وربيعة، والثوري، والأوزاعي، وأحمد، وإسحاق: عليها العدة من وطء الزنى بالإقراء إن كانت حائلاً، وبوضع الحمل إن كانت حاملاً. فإن كانت ذات زوج، حرِّم عليه وطؤها حتى تنقضي العدة بالإقراء والحمل. وإن كانت خلية، حرم على الناس كلهم نكاحها حتى تنقضي عدتها بالأقراء والحمل.

وقال ابن شبرمة، وأبو يوسف: إن كانت حاملاً حرم نكاحها حتى تضع، وإن كانت حائلاً لم يحرم نكاحها ولم تعتد. وقال أبو حنيفة: لا يحرم نكاحها حاملاً ولا حائلاً، لكن إن نكحها حاملاً حرم عليه وطئها حتى تضع.

فأما مالك فاستدل بقوله ﷺ: «لا توطَأ حامِلٌ حتى تضعَ، ولا غيرُ ذاتِ حمْلٍ حتى تَحِيْضَ»[(٢)].

---

(١) حديث علي: ذكره ابن الجوزي: ٣/١٠٦ ـ ١٠٧ في الموضوعات.

(٢) حديث أبي سعيد: أخرجه أبو داود في النكاح (٢١٥٧) وزاد: «حيضة» والبيهقي: ٧/٤٤٩، وأحمد: ٣/٦٣ وصححه الحاكم: ٢/١٩٥، ووافقه الذهبي. والترمذي (١٥٦٤) من طريق أم حبيبة بنت عرباض عن أبيها.

وأما أبو يوسف فاستدل بقول الله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[(١)].

وأما أبو حنيفة فاستدل بقوله ﷺ: «لا تسْقِ بمائِكَ زَرعَ غيرِك»[(٢)].

والدليل على جماعتهم حديث عائشة أن النبي ﷺ قال: «لا يحرّمُ الحرامُ الحلالَ»[(٣)] وأن عمر حين جلدَ الغلامَ والجاريةَ حرصَ أن يجمعَ بينهما من غيرِ اعتبارِ عدّةٍ، فأبى الغلامُ[(٤)] ولأن وجوب العدة من الماء إنما يكون لحرمته، ولحوق النسب به، ولا حرمة لهذا الماء يقتضي لحوق النسب، فلم يجب منه العدة. ولأنه لما انتفى عن الزنى سائر أحكام الوطء الحلال من المهر والنسب والاحصان والإحلال للزوج الأول، انتفى عنه حكمه في العدة.

وأما استدلال مالك بقوله عليه السلام: «لا توطأُ حامِل حتى تضع»[(٥)] فهذا وارد في سبي أوطاس، وكن منكوحاتٍ، وللإماء حكمٌ يخالف الحرائر في الاستبراء.

وأما استدلال أبي يوسف، بقوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[(٦)] فالمراد به من الزوجات المطلقات، بدليل ما في الآية من وجوب نفقاتهن وكسوتهن من قوله: ﴿اسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[(٧)].

وأما استدلال أبي حنيفة، بقوله: «لا تسْقِ بمائِكَ زَرْعَ غيرك»[(٨)] فإنما أراد زرعاً

---

(١) سورة الطلاق، الآية: ٤.

(٢) حديث رويفع بن ثابت: أخرجه أبو داود في النكاح (٢١٥٨) بلفظ: «لا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره، يعني إتيان الحَبالى، ولا يحلّ لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأةٍ من السبي حتى يستبرئها، ولا يحلّ لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيع مغنماً حتى يقسم»، والبيهقي: ٧/٤٤٩. وقال الترمذي أثر الحديث (١٥٦٤) وفي الباب عن رويفع وأحمد: ٤/١٠٨ ـ ١٠٩ وصححه الحاكم: ٢/١٣٧ ووافقه الذهبي.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) سبق تخريجه.

(٦) سورة الطلاق، الآية: ٤.

(٧) سورة الطلاق، الآية: ٦.

(٨) سبق تخريجه.

ينسب إلى غيره وهو الحلال الذي يلحق الواطىء، والحرام لا يضاف إلى أحد، فلم يتوجه إليه النهي على أن هذا الحديث وارد في رجل ملك أمة وسأل هل يطأها؟ فقال: «لا تسق بمائك زرع غيرك»[1] إشارة إلى ماء البائع، وذاك حلال بخلاف الزنى. والله أعلم.

(١) سبق تخريجه.

باب[1] نِكَاحِ الْعَبْدِ وَطَلَاقِهِ مِنْ كُتُب

قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وينكحُ العبد اثنتينِ، واحتجَّ في ذلك بعمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب)[2].

قال الماوردي: قد مضى الكلام في العبد، وأنه لا يحل له أن ينكح أكثر من اثنتين. وخالف مالك، فجوز له نكاح أربع كالحر، وقد مضى الكلام معه.

وكذلك حكم المدبر والمكاتب ومن فيه جزء من الرق وإن قلَّ ما لم تكمل فيه الحرية، وسواء جمع بين حرتين أو أمتين، أو حرة وأمة، تقدمت الحرة علىا لأمة أو تأخرت.

وقال أبو حنيفة: ليس للعبد أن يتزوج الأمة على الحرة كالحر وهذا خطأ، لأن الحر أغلظ حكماً في نكاح الأمة لكماله ونقصها من العبد الذي قد ساوى الأمة في نقصها، لأن نكاح الحر مشروط بخوف العنت وعدم الطول، ونكاح العبد غير مشروط بخوف العنت، فلم يكن مشروطاً بعدم الطول.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (قال عمر: يطلِّقُ العبدُ تطليقَتَيْنِ، وتعتدُّ الأَمَةُ بحيضتين)[3].

قال الماوردي: وهذا كما قال. لا يملك العبد من الطلاق إلا اثنتين في الحرة والأمة، ويملك الحر ثلاثاً في الحرة والأمة، فيكون الطلاق معتبراً بالزوج دون الزوجة.

وقال أبو حنيفة: الطلاق معتبر بالزوجات دون الأزواج، فيملك زوج الحرة ثلاث تطليقات حراً كان أو عبداً، وزوج الأمة تطليقتين حراً كان أو عبداً، استدلالاً مع ما سنذكره مستوفى بقول الله تعالى: ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[4] فجعل الطلاق معتبراً

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٨. والعنوان: نكاح العبد وطلاقه من الجامع، من كتاب قديم وكتاب جديد، وكتاب التعريض.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٦٨.

(٣) مختصر المزني، ص: ١٦٨.

(٤) سورة الطلاق، الآية: ١.

بالعدة، ثم كانت العدة معتبرة بالنساء دون الأزواج، فكذلك الطلاق. ولما روى عطية العوفي، عن عبد الله بن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «طَلاقُ الأَمَةِ اثنتان، وعدَّتُها حيضتان»[١] فجعل الطلاق والعدة معتبراً بالمطلقة والمعتدة، ولأن الحر لما ملك اثنتي عشرة طلقة في الحرائر الأربع، وجب أن يملك العبد ست طلقات في الحرتين ليكون على النصف في عدد الطلاق، كما كان على النصف في عدد الزوجات.

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿هَلْ لَكُمْ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِنْ شُرَكَاءَ فِيمَا رَزَقْنَاكُمْ فَأَنْتُمْ فِيهِ سَوَاءٌ﴾[٢] في شيء من الأموال فكذلك في الطلاق، لأنه نوع من الملك.

وروي عن أم سلمة أنها قالت: يا رسول الله كم طلاقُ العبدِ؟ فقال: «طلقتانِ» قالت: وعدَّةُ الأَمَةِ؟ قال: «حيضتان»[٣]. وروت عائشة أن النبي ﷺ قال: «يطلِّقُ العبدُ تطليقتَيْنِ، وتعتدُّ الأمةُ حيضتين»[٤] وكذلك قال عمر خاطباً على المنبر[٥] وروى يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلمة قال: حدثني نفيع أنه كان مملوكاً وتحتَهُ حرَّةٌ فطلَّقها طلقتين، وسأل عثمان وزيدَ بنَ ثابتٍ، فقالا: طلاقُك طلاقُ عبدٍ، وعدَّتُها عدَّةُ حُرَّة[٦].

---

(١) حديث ابن عمر: أخرجه ابن ماجة في الطلاق (٢٠٧٩) من طريق عمر بن شبيب. عن عبد الله بن عيسى، عن عطيّة، عن ابن عمر مرفوعاً. وأخرجه مالك في الموطأ: ٢/ ٥٧٤ موقوفاً.
وأخرجه الدارقنطي: ٣٨/٤ مرفوعاً وقال: تفرّد به عمر بن شبيب مرفوعاً، وكان ضعيفاً، والصحيح عن ابن عمر ما رواه سالم ونافع عنه من قوله. وأخرجه من طريق عبد الرزاق، عن الزهري، عن سالم، عن ابن عمر. موقوفاً من طريق مالك. والبيهقي: ٣٦٩/٧ وقال: تفرد به عمر بن شبيب، مرفوعاً، والصحيح ما رواه سالم ونافع عن ابن عمر.
وقال الهيثمي: عطية العوفي، متفق على ضعفه، وكذلك عمر بن شبيب الكوفي.

(٢) سورة الروم، الآية: ٢٨.

(٣) لم أقف عليه بهذا اللفظ.

(٤) حديث عائشة: أخرجه الترمذي في الطلاق (١١٨٢) من طريق ابن جريج، عن مظاهر بن أسلم، عن القاسم، عن عائشة مرفوعاً بلفظ: «طلاق الأمة تطليقتان وعدّتها حيضتان» وقال الترمذي: حديث عائشة، حديث غريب لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث مظاهر بن أسلم، ومظاهر لا نعرف له في العلم غير الحديث، وأخرجه ابن ماجه في النكاح (٢٠٨٠) والدارمي: ٢/ ١٧٠ ـ ١٧١ والدارقطني: ٤/ ٣٩ ـ ٤٠. وقال: نا أبو بكر النيسابوري، نا محمد بن إسحاق، قال: سمعتُ أبا عاصم يقول: ليس بالبصرة حديث أنكر من حديث مظاهر هذا، والبيهقي: ٧/ ٣٧٠.

(٥) الأثر عن عمر: سبق تخريجه.

(٦) أخرجه عبد الرزاق (١٢٩٤٦) و(١٢٩٤٧) و(١٢٩٤٩) ومالك في الموطأ: ٢/ ٥٧٤، والشافعي في مسنده: ٢/ ٣٦، والبيهقي: ٣٦٨/٧.

وروي عن أبي سلمة أنهما، وابن عباس قالوا: قد حرَّمَتْ عليك وليس لمن ذكرنا مخالف من الصحابة، فكان إجماعاً. ولأنه لما ملك الحر رجعتين، وجب أن يملك العبد رجعة واحدة، لأنه فيما يملك بالنكاح على النصف من الحر.

فأما استدلاله بالآية، فالمقصود بها: وقوع الطلاق في العدد، لا أنه في العدد معتبر بالعدة. وأما الخبر فمحمول على أنه كان زوجها عبداً، لأن الأغلب من أزواج الإماء العبيد.

وأما استدلاله بأنه لما ملك الحر اثنتي عشرة طلقة، وجب أن يملك العبد ست طلقات، فلم يجز أن يساويه العبد فيهن، ووجب أن يكون مالكاً لنصفهن. وكان قياسه أن يملك ثلاث طلقات في الزوجتين، لكن لما لم يتبعَّض الطلاق فيصير مالكاً ونصف في كل واحدة، كمل الكسر فصار مالكاً لأربع طلقات في الزوجتين، فكان هذا استدلالاً بأن يكون لنا دليلاً أشبه.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (فإن تزوَّجَ عبدٌ بغيرِ إذْنِ سيِّدهِ فالنِّكاحُ فاسِدٌ وعليه مهرُ مثلِها إذا عتَق)[1].

قال الماوردي: قد مضى الكلام في أن ليس للعبد أن يتزوج بغير إذن سيده لقوله ﷺ «أيّما عبدٍ تزوَّجَ بغيرِ إذْنِ مواليه فهو عاهِر»[2].

فإن تزوج بغير إذنه فقد ذكرنا بطلان نكاحه، وأن أبا حنيفة جعله موقوفاً على إجازة سيده، ومالكاً أمضاه وجعل لسيده استئناف فسخه. وذكرنا من حال المهر: إن نكح بإذنه وغير إذنه ما أقنع.

فأما إذا دعا العبد سيده إلى تزويجه، فقد ذكرنا في إجبار السيد على نكاحه قولين. ولو أراد السيد إجبار عبده على التزويج فقد ذكرنا أنه على قولين، فأما إذا أراد السيد إجبارها على التزويج فله ذلك قولاً واحداً.

ولو دعت الأمة السيد إلى تزويجها لم يجبر عليه إذا كانت تحل له، لأنها فراش له لو استمتع بها.

فإن كانت ممن لا تحل له لكونها أخته، أو خالته، أو عمته من نسب أو رضاع، فهل

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٨.

(٢) سبق تخريجه.

يجبر السيد على تزويجها إذا دعته إليه أم لا؟ على وجهين مخرجين من اختلاف قوليه في إجباره على تزويج العبد. وهذا لو كانت الأمة ملكاً لامرأة، كان في إجبارها على تزويجها وجهان.

مسالة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (فإِنْ أَذِنَ له فنكحَ نكاحاً فاسداً ففيها قولان)[1].

قال الماوردي: وهذا مما قد ذكرناه، أن الفاسد من مناكح العبد هل يدخل في مطلق إذن السيد أم لا؟ على قولين، وذكرنا من التفريع عليها ما أجزأ، والله أعلم بالصواب.

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٨.

باب[١] مَا يَحِلّ وَيحْرم مِنْ نِكَاحِ الْحَرَائِرِ وَالإمَاءِ وَالجَمْعِ بَيْنَهُنَّ وغير ذلكَ مِنْ كُتُب

قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (أصلُ ما يحرَّم به النِّساءُ ضربان: أحدُهُما: بأنساب، والآخر: بأسباب من حادثٍ نِكاحٍ أو رِضَاع)[٢].

قال الماوردي: المحرَّمات من النساء ضربان:

ضرب حرمت أعيانهن على التأبيد.

وضرب حرمن تحريم جمع.

فإن المحرمات الأعيان على التأبيد فضربان: أحدهما: بأنساب، والثاني: بأسباب.

فأما المحرمات بالأنساب، فلم ير التحريم موجوداً بينهن. وأما المحرمات بالأسباب، فالتحريم طارىء عليهن، وقد نص الله تعالى عليهما في كتابه، فنص على تحريم أربع عشرة امرأة: سبع منهن حرمهن بأنساب، وسبع منهن حرمهن بأسباب.

فأما السبع المحرمات بالأنساب، فهن المذكورات في قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ إلى قوله: ﴿وَبَنَاتُ الأُخْتِ﴾[٣].

وأما السبع المحرمات بالأسباب فضربان: ضرب حرِّمْنَ برضاع، وضرب حرِّمن بنكاح.

وهن المذكورات في قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمْ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ﴾[٤] فذكر من المحرمات بالرضاع اثنتين ثم قال: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمْ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾[٥]. وقال في

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٨.
(٢) مختصر المزني، ص: ١٦٨.
(٣) سورة النساء، الآية: ٢٣.
(٤) سورة النساء، الآية: ٢٢.
(٥) سورة النساء، الآية: ٢٢.

آية أخرى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾[١].

فذكر المحرمات بالنكاح خمساً: أربع منها تحريمهن تحريم تأبيد، وخامسة تحريمها تحريم جمع، وهو الجمع بين الأختين. فقدم الله تعالى ذكر السبع المحرمات بالأنساب لتغليظ حرمتهن، وإن تحريمهن لم يتأخر عن وجودهن، فأول من بدأ بذكرها الأم لأنها أغلظهن حرمة، فحرّمها بقوله: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾[٢].

واختلف أصحابنا في التحريم المنصوص عليه إلى ماذا يوجه؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول الأكثرين: أنه متوجه إلى العبد والوطء معاً.

والوجه الثاني: أنه متوجه إلى العقد.

فأما الوطء فمحرم بالعقل، والأول من الوجهين أصح، لأن العقل لو أوجب تحريم وطئها لما منع أن الشرع وارد به ومؤكد له.

وإذا حرمت الأم، فكذلك أمهاتها وإن علون من قبل الأم، كأم الأم وجداتها، ومن قبل الأب كأم الأب وجداته، لكن اختلف أصحابنا: هل حرّمن بالاسم، أو بمعناه؟ على وجهين.

أحدهما: حرّمن بالاسم قال الشافعي رضي الله عنه: لأن كلاً تسمى أماً[٣]. فعلى هذا يكون اسم الأم منطلقاً على كل واحدة منهن حقيقة لغة وشرعاً.

والوجه الثاني: حرّمْن لمعنى الاسم، وهو وجود الولادة والبعضية فيهن فحرّمن كالأم لاشتراكهما في المعنى دون حقيقة الإسم، ويكون انطلاق اسم الأم عليهن مجازاً في اللغة وحكماً في الشرع، فلو أن رجلاً وطىء أمه بعقد أو غير عقدٌ حدَّ حَدَّ الزنى.

وقال أبو حنيفة: لا حد عليه، وجعل العقد شبهة في ادرائه عنه. وهذا خطأ، لأن النص المقطوع به يمنع من دخول الشبهة عليه لإخراجه من أن يكون نصاً قاطعاً.

والثاني من المحرمات: البنات، فهن محرمات على الآباء. وهل يتناول النص فيهن

---

(١) سورة النساء، الآية: ٢٢.

(٢) سورة النساء، الآية: ٢٣.

(٣) قول الشافعي في الأم باب ما يحرم من النساء بالقرابة: ٥/ ٢٣ ـ ٢٤.

تحريم العقد والوطء، أم لا؟ على ما ذكرنا من الوجهين. ثم كذلك بنات البنات والأبناء وإن سفلن، ثم على ما ذكرنا من الوجهين:

أحدهما: حرمن بالاسم، قال الشافعي: لأن كلا تسمى بنتاً[(١)].

والوجه الثاني: بمعنى الاسم من وجود الولادة والبعضية، فلو أن رجلاً وطيء بنته بعقد أو غير عقد حدَّ، وأدرأ أبو حنيفة عنه الحد بالعقد.

والثالث من المحرمات: الأخوات، فنكاحهن حرام سواء كانت أختاً لأب وأم، أو أختاً لأب، أو أختاً لأم، وهن باسم الأخوات محرمات. فلو وطيء رجل أخته، نظر: فإن كان بعقد نكاح حدّ، وإن كان بملك يمين ففي وجوب حده قولان:

أحدهما: يحد كالنكاح.

والثاني: لا يحد لوطئه بالملك وإن حد لوطئه بالنكاح، لارتفاع النكاح فزالت الشبهة، والملك ثابت فيها، فثبتت شبهته.

والأم يحد في وطئها بنكاح وملك، لأن ملكها يزول بشرائها، وملك الأخت لا يزول، وإن لم يثبت عليها العقد ويلحق به ولدها. وإن حد وتصير الأخت به أم ولد، وليس يلحق ولد مع وجوب الحد إلا في هذا الموضع: وهو إذا وطيء أخته من نسب أو رضاع، فإن وطيء ذمي مسلمة على ملكه كان في حده قولان، والولد لا حق به على القولين.

والرابع من المحرمات: العمات وهن أخوات الأب، وسواء كن لأب وأم، أو لأب، أو لأم، وكلهن محرمات بالإسم، ثم عمات الأب والأم، وعمات الأجداد والجدات، كلهن محرمات كالعمات. وهل حرمن بالاسم، أو بمعناه؟ على الوجهين. فإن وطيء إحداهن بعقد نكاح حدَّ، وإن كان بملكِ يمين فعلى القولين.

والخامس من المحرمات: الخالات، وهن أخوات الأم. وسواء كن لأب وأم، أو لأب، أو لأم، وكلهن محرمات بالاسم. ثم خالات الأب والأم، ثم خالات الأجداد والجدات، كلهن محرمات كالخالات. وهل حرَّمن بالإسم أو بمعناه؟ على أحد الوجهين. فإن وطيء إحداهن بعقد نكاح، وإن كان بملك يمين فعلى القولين.

---

(١) قول الشافعي في الأم باب ما يحرم من النساء بالقرابة: ٥/ ٢٤.

والسادس من المحرمات: بنات الأخوة، وسواء كان الأخوة لأب وأم، أو لأب، أو لأم، وكلهن محرمات بالاسم. ثم بنات بني الأخوة، وبنات بنات الأخوة وإن سفلن، كلهن محرمات كبنات الأخوة. وهل حرمن بالاسم، أو بمعناه؟ على الوجهين. فإن وطىء واحدة منهن بعقد نكاح حدّ، وإن كان بملك يمين فعلى القولين.

والسابع من المحرمات: بنات الأخوات، سواء كان الأخوات لأب وأم، أو لأبٍ، أو لأم، وكلهن محرمات بالاسم. وكذلك بنات بني الأخوات، وبنات بني بنات الأخوات وإن سفلن، كلهن محرمات كبنات الأخوات. وهل حرمن بالاسم، أو بمعناه؟ على الوجهين. والولد يلحق في هذه المواضع إذا كان الواطىء بملك اليمين قولاً واحداً.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وما حُرِّمَ من النَّسبِ، حُرِّمَ من الرِّضَاع)[1].

قال الماوردي: وأما المحرمات بالرضاع، فذكر الله تعالى اثنتين: الأمهات، والأخوات، بقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُم اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ﴾[2] فاحتمل أن يكون التحريم بالرضاع مقصوراً عليهما كما قال داود، وقوفاً على النص، واحتمل أن يكون متعدياً عنهما إلى غيرهما، كذوات الأنساب لما روت عائشة عن النبيّ ﷺ أنه قال: «يَحْرُمُ الرِّضاع ما يحرُمُ من الوِلادة»[3] وروى غيرها عنه ﷺ أنه قال: «يَحْرُمُ من الرَّضاعِ ما يحرُمُ من النَّسَبِ»[4] وجبَ إجراءُ الرَّضاع في التحريم على حكم النَّسَبِ، فيحرُمُ من

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٨.

(٢) سورة النساء، الآية: ٢٣.

(٣) حديث عائشة، أخرجه مالك في الموطأ: ٢/ ٦٠٧، والشافعي في مسنده: ٢/ ١٩ ـ ٢٠، وأحمد: ٦/ ٤٤ و٥١، وأبو داود (٢٠٥٥)، والدارمي: ٢/ ١٥٦، والترمذي (١١٤٧)، والنسائي: ٦/ ٩٨ ـ ٩٩، والبيهقي: ٦/ ٢٧٥.

وأخرجه البخاري في الشهادات (٢٦٤٦) و(٣١٠٥) ومسلم في الرضاع (١٤٤٤) (١) و(٢) والبيهقي: ٧/ ١٥٩.

(٤) حديث عائشة: أخرجه مسلم في الرضاع (١٤٤٤) (٩) أن عمها من الرضاعة يسمّى أفلح، استأذن عليها فحجبته، فأخبرت رسول الله ﷺ فقال لها: «لا تحتجبي منه، فإنه يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب».

وأخرجه ابن ماجة في النكاح عن عائشة (١٩٣٧). وعن ابن عباس (١٩٣٨) والنسائي في النكاح: ٦/ ٩٩ عن عائشة و٦/ ١٠٠ عن ابن عباس، وأحمد: ١/ ٢٧٥، والبيهقي: ٧/ ٢٧٥.

الرضاع سبعٌ كما يحرمُ بالنّسب: الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت.

وبيان ذلك، أن المرأة إذا أرضعت ولداً بلبنٍ من زوج، فالولد المرضع ابن لها وللزوج، لأن اللبن حادث عنها بسبب ينسب إلى الزوج، فاقتضى أن يكون المرضع ابناً لها كالمولود منها. وإذا كان كذلك كانت المرضعة أماً له، وكان أمهاتها جداته من أم، وآباؤها أجداده من أم، وبناتها أخواته من أم، وأخوانها أخواله من أم، وأخواتها خالاته من أم، وكان الزوج أباً له، وآباؤه أجداده من أب، وأمهاته جداته من أب، وبنوه إخوته من أب، وإخوته أعمامه، وأخواته عماته، كذلك على ترتيب الأنساب، فيكون على ما ذكرنا من الأحكام. فتصير المحرمات بالرضاع سبعاً، كما كان المحرمات بالأنساب سبعاً، ويتفرع عليهن من ذكرنا من المتفرعات على المناسبات، فتكون أخت الأب من الرضاع عمة محرمة سواء كانت أختاً من نسب أو رضاع، وكذلك أخت الجد من الرضاع، وآبائه محرمة كالعمة سواء كانت أختاً من نسب أو رضاع. وهل يحرم باسم العمة أو بمعناها؟ على ما ذكرنا من الوجهين، وتكون أخت الأم من الرضاع خالة محرمة سواء كانت أختاً من نسب أو رضاع، كذلك أخت الجدة وأمهاتها كالخالة في التحريم سواء كانت أختاً من نسب أو رضاع. وهل تحرم باسم الخالة أو بمعناها؟ على ما مضى من الوجهين.

وعلى هذا يكون سائر حكم القرابات من الرضاع يحمل على حكم القرابات من النسب، فلو وطىء الرجل أمه من الرضاع بعقد نكاح حدَّ، وإن كان بملك يمينٍ فعلى قولين. وفي الأم المناسبة يحد قولاً واحداً، وإن كان قد ملكها لأنها تعتق عليه بالملك، فارتفعت شبهته بزوال الملك فحدَّ، والأم المرضعة لا تعتق بالملك، فكانت شبهته باقية مع بقاء الملك، فلم يحد في أحد القولين.

وهكذا لو وطىء أخته من الرضاع، أو خالته، أو عمته من الرضاع بعقدٍ حدَّ. وإن كان بملك، فعلى ما مضى من القولين، والولد يلحق به إذا كان وطؤه لواحدة من هؤلاء بملك اليمين قولاً واحداً.

فصل: فإذا تقرر ما وصفناه من تحريم الرضاع بعدما قدمنا من التحريم بالنسب، فقد مضى من المنصوص على تحريمهن تسع: سبع من النسب، وثنتان من الرضاع. وبقي من المنصوص على تحريمهن في الآية خمس حرمهن الله تعالى تحريم مصاهرة بعد نكاح:

إحداهن: أم الزوجة بقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾[(١)].

والثانية: بنت الزوجة، وهي الربيبة لقوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾[(٢)].

والثالثة: زوجة الابن وهي حليلته بقوله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾[(٣)].

والرابعة: زوجة الأب بقوله في الآية الأخرى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾[(٤)] وفيه تأويلان:

أحدهما: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾[(٥)] بالنكاح الصحيح ﴿إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ بالزنى والسفاح، وإن كان نكاحهن حلالاً، لأنهن لم يكن حلائل.

والثاني: ﴿إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾[(٦)] فدعوه فإنكم مؤاخذون به، وتكون إلَّا ها هنا بمعنى لكن.

والخامس: الجمع بين الأختين بقوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إلا مَا قَدْ سَلَفَ﴾[(٧)] فهؤلاء الخمس حرمن بالقرآن، ثم جاءت السنة بتحريم اثنتين:

إحداهما: تحريم الجمع بين المرأة وعمتها.

والثانية: تحريم الجمع بين المرأة وخالتها، وسنذكر السنة الواردة فيهما.

فصار المحرمات بعقد النكاح في القرآن والسنة سبعاً كما كان المحرمات بالأنساب سبعاً، وكما صار المحرمات بالرضاع سبعاً، وهؤلاء السبع المحرمات بعقد النكاح ينقسم حكمهن في التحريم إلى ثلاثة أقسام:

قسم حرمن بالعقد تحريم تأبيد.

---

(١) سورة النساء، الآية: ٢٢.
(٢) سورة النساء، الآية: ٢٢.
(٣) سورة النساء، الآية: ٢٣.
(٤) سورة النساء، الآية: ٢٢.
(٥) سورة النساء، الآية: ٢٢.
(٦) سورة النساء، الآية: ٢٢. راجع تفسير الطبري: ٤/٢١٩ والقرطبي: ٥/١٠٤.
(٧) سورة النساء، الآية: ٢٢.

وقسم حرمن بالعقد تحريم جمع.

وقسم حرمن العقد تحريم جمع وبالدخول تحريم تأبيد.

فأما المحرمات بالعقد تحريم تأبيد فهن ثلاث:

إحداهن: أم الزوجة، هي حرام عليه بالعقد على البنت سواء دخل بالبنت أم لا، أقام معها أو فارقها، قد صارت أمها حراماً عليه أبداً. وكذلك أم الأم ومن علا من جداتها قد حرمن عليه على التأبيد، وهل حرمن بالاسم، أو بمعناه؟ على ما مضى من الوجهين:

فإن وطىء واحدة منهن بعقد حدَّ، وإن كان بملك يمين فعلى ما مضى من القولين.

والثانية: زوجة الأب محرمة على الابن بعقد الأب عليها تحريم تأبيد، سواء دخل الأب بها أم لا. وكذلك زوجة الجد ومن علا من الأجداد، محرمة عليه تحريم تأبيد. وهل حرمن بالاسم أو بمعناه؟ على ما ذكرنا من الوجهين.

فإن وطىء واحدة منهن بعقدِ حدّ، وإن كان بملك يمين فعلى قولين. روى عدي بن ثابت، عن البراء بن عازب قال: مرَّ بي خالي ومعهُ لواءٌ فقلتُ: أين تذهبُ؟ فقال: بعثني رسولُ الله ﷺ إلى رجل تزوَّجَ امرأةَ أبيهِ آتِيه برأسِهِ[1].

والثالثة: زوجة الابن محرمة على الأب بعقد الابن عليها تحريم تأبيد، سواء دخل بها أم لا، وهي الحليلة واختلف في تسميتها حليلة على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنها سميت حليلة لأنها تحل للزوج.

والثاني: لأنها تحل في المكان الذي يحل به الزوج.

والثالث: لأن كل واحد منهما يحل إزار صاحبه.

وإذا حرمت حليلة الابن فكذلك حليلة ابن الابن وإن سفل تحرم على الأب وإن علا، وهل تحرم بالاسم أو بمعناه؟ على ما مضى من الوجهين. فإن وطىء واحدة منهن بعقد حدّ، وإن كان بملك يمينٍ فعلى ما مضى من القولين. فإن كان الابن قد وطئها بملك اليمين، والأب وطئها بالزوجة، حدَّ قولاً واحداً.

---

(١) حديث البراء. أخرجه الترمذي في الأحكام (١٣٦٢) وقال الترمذي: حديث حسن غريب، وأبو داود (٤٤٥٧) وابن ماجة (٢٦٠٧) والنسائي: ٦/١٠٩، والبيهقي: ٧/١٦٢، وأحمد: ٤/٢٩٢، وسعيد بن منصور (٩٤٢) و(٩٤٣)، والحاكم: ٢/١٩١، وعبد الرزاق (١٠٨٠٤).

وأما القولان: إذا كان الأب قد وطئها بالزوجية، والابن قد وطئها بملك اليمين، فيصور الفرق بينهما في الحكم بحده، فلزمهما في المعنى.

وأما المحرمات بالعقد تحريم جمع فهنَّ ثلاث:

إحداهن: الجمع بين أختين، فإذا عقد على امرأة حرم عليه أختها، وسواء كانت الأخت للأب والأم، أو للأب، أو للأم، فإذا فارق التي تزوجها منهما حلَّ له أختها.

والثانية: الجمع بين المرأة وعمتها كالجمع بين الأختين، وكذلك الجمع بين المرأة وعمة أبيها وجدها، وعمة أمها وجدتها، ثم على ما ذكرنا من تحريمها بالاسم أو بمعناه.

والثالثة: الجمع بين المرأة وخالتها، وكذلك تحريم الجمع بينها وبين خالة أمها وجداتها، وخالة أبيها وأجدادها على ما ذكرنا من تحريمها بالاسم أو بمعناه.

وأما المحرمات بالعقد تحريم جمع، وبالدخول تحريم تأبيد، فجنس واحد وهن الربائب، والربيبة بنت الزوجة، فإذا عقد على امرأة حرمت عليه ابنتها تحريم جمع، فإذا دخل بالأم حرمت عليه ابنتها تحريم تأبيد. وكذلك بنت بنتها، وبنت ابنها وإن سفلت تحرم بالعقد تحريم جمع، وبالدخول تحريم تأبيد على ما ذكرنا من تحريمها بالاسم أو بمعناه.

فإن قيل: فإذا حرمتم بنت الربيبة، فهلا حرمتم بنت حليلة الابن كالحليلة؟ قلنا: لا تحرم، والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: بنت الربيبة ينطلق عليها اسم الربيبة فحرمت كالربيبة، وبنت الحليلة لا ينطلق عليها اسم الحليلة فلم تحرم.

والثاني: وهو أن الأصل في المعنى المعتبر في تحريم المصاهرة إنما هو لئلا يصير الزوج الواحد قد جمع بين ذي نسبين كالربيبة مع الأم، أو لئلا تصير الزوجة الواحدة قد اجتمع فيها ذو نسبين كحليلة الابن مع الأب، وهذا المعنى موجود في بنت الربيبة، فحرمت كالربيبة؛ وهو غير موجود في بنت الحليلة لأنه لا يجمع في الواحد ذات نسبين، ولا اجتمع في الواحدة ذو نسبين، فلم تحرم. والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وحرَّمَ اللَّهُ جلَّ ثناؤُهُ الجمعَ بين الأختَين)[1].

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٨.

قال الماوردي: أما الجمع بين الأختين بعقد النكاح فحرام بنص الكتاب[(١)]، وإجماع الأمة. وأما الجمع بينهما بملك اليمين، فإن جمع بينهما في الملك بالشراء جاز إذا لم يجمع بينهما في الاستمتاع، لأن المقصود بالملك التمول دون الاستمتاع، ولذلك جاز أن يملك من لا يحل له وطؤها من أخواته وعماته، وخالف عقد النكاح الذي مقصوده الاستمتاع، ولذلك لم يجز أن يتزوج من لا تحل له من أخت وعمة، فلذلك بطل الجمع بينهما في النكاح، ولم يبطل الجمع بينهما في الملك.

فأما إذا أراد الجمع بين الأختين بملك اليمين والاستمتاع، فيطأ كل واحدة منهما لم يجز، وهو قول عامة الصحابة والتابعين والفقهاء. وقال داود: يجوز الجمع بينهما في الاستمتاع، وهي إحدى الروايتين عن ابن عباس[(٢)]، وربما أضيف إلى عثمان بن عفان[(٣)]. استدلالاً بعموم قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أيمانهم﴾[(٤)] ولم يشترط في ملك اليمين تحريم الجمع بين أختين، وكذلك في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾[(٥)] فأطلق ملك اليمين، فكان على عمومه. ثم قال: ولأن تحريم النكاح نوعان: تحريم عدد، وتحريم جمع. فأما العدد فهو تحريم الزيادة على الأربع. وأما تحريم الجمع، فهو الجمع بين أختين. فلما لم يعتبر في ملك اليمين تحريم العدد، وجاز أن يستمتع بأي عدد شاء من الإماء، وجب أن لا يعتبر تحريم الجمع، ويجوز أن يستمتع بأختين.

وقال داود: ولأن الجمع بينهما في الاستمتاع بالملك غير ممكن، لأنه لا يقدر إلا أن

---

(١) في قوله تعالى: ﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾.

(٢) الأثر عن ابن عباس: أخرجه عبد الرزاق (١٢٧٣٦) من طريق ابن جريج، عن عمرو بن دينار، عن عكرمة: أن ابن عباس كان لا يرى بأساً أن يجمع بين أختين، والمرأة وابنتها، وأن ابن عباس كان يقول: لا تحرّمهنّ عليك قربة بينهنّ، إنما تحرّمهنّ عليك القرابة بينك وبينهنّ.. وأن ابن عباس أفتى معاذ بن عبيد الله بن معمر بأن يجمع بين جاريتين له أختين، أو أم وابنتها. وفي (١٢٧٣٧) عن عمرو: أن ابن عباس كان يعجب من قول علي في الأختين يُجمع بينهما: حرمتهما آية، وأحلّتهما آية أخرى، ويقول: ﴿إلا ما ملكت أيمانكم﴾ هي مرسلة.

(٣) سوف يرد الأثر عن عثمان مسنداً.

(٤) سورة المعارج، الآية: ٣.

(٥) سورة النساء، الآية: ٣.

يطأ إحداهما بعد الأخرى، والجمع بينهما في النكاح ممكن فلذلك حل الجمع بينهما في الاستمتاع بالملك لتعذره، وحرم في النكاح لإمكانه، وهذا خطأ.

ودليلنا: عموم قوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾[(١)] ولم يفرق بين تحريمها بنكاح أو ملك، ولأن تحريم الجمع بينهما بملك اليمين مستفيض في الصحابة كالإجماع. وروى مالك، عن الزهري، عن قُبيصة بن ذؤيب أن رجلاً دخل على عثمان بن عفان فسأله عن الجَمْع بين الأختين بملْكِ اليَمين، فقال عثمان: أحلَّتهما آية، وحرَّمتهما آية، والتَّحريمُ أولى. فخرج السَّائلُ فلقي رجلاً من الصحابة فسأله عن ذلك فقال: لو كانَ، إليَّ مِنَ الأمر شيء ثم وجدْتُ رجلاً يفعلُ هذا لجعلْتُهُ نكالاً، وقال مالك: قال الزهري: أراه علي بن أبي طالب رضوان الله عليه[(٢)]. وقد روي مثل ذلك عن: ابن عباس، وابن عمر، وابن الزبير، وابن مسعود، وعائشة، وعمار[(٣)]، من غير أن يظهر خلاف، فصار إجماعاً.

ولأن التحريم ضربان: تحريم تأبيد كتحريم أمهات الموطوءة وبناتها، وتحريم جمع

---

(١) سورة النساء، الآية: ٢٣.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ: ٢/ ٥٣٩ والشافعي في الأم: ٥/ ٣، والبيهقي: ٧/ ١٦٣ ـ ١٦٤، والدارقطني: ٣/ ٢٨١ وعبد الرزاق (١٢٧٢٨)، و(١٢٧٣٠) و(١٢٧٣٢) وابن أبي شيبة: ٣/ ٣٠٦.

(٣) أخرج الشافعي في الأم باب ما يحرم الجمع بينه: ٥/ ٣ عن سفيان، عن هشام بن حسان، وأيوب، عن ابن سيرين قال: قال ابن مسعود: يكره من الإماء ما يكره من الحرائر إلا العدد. والبيهقي: ٧/ ١٦٣ بلفظ: يحرم من الإماء ما يحرم من الحرائر إلا العدد. وعبد الرزاق (١٢٧٤٣) وفي حديث مالك السابق قال مالك: وبلغني عن الزبير بن العوام مثل ذلك. الأم: ٥/ ٣ وأخرج الشافعي: ٥/ ٣ عن مالك، عن ابن شهاب، عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة عن أبيه: أن عمر بن الخطاب سئل عن المرأة وابنتها من ملك اليمين، هل توطأ إحداهما بعد الأخرى؟ فقال عمر: ما أحب أن أجيزهما جميعاً، ونهاه. فقال عبيد الله، قال أبي: فوددت أن عمر كان أشدّ في ذلك مما هو. ومالك في الموطأ: ٢/ ٥٣٩ والبيهقي: ٧/ ١٦٤ وعبد الرزاق (١٢٧٢٥) و(١٢٧٢٦).

وأخرج الشافعي عن مسلم وعبد المجيد، عن ابن جريج، عن ابن أبي مليكة، أن معاذ بن عبيد الله جاء إلى عائشة فقال: إنّ لي سرية قد أصبتُها. وأنها قد بلغت لها ابنة جارية لي أفأستسر ابنتها؟ فقالت: لا، . . . والبيهقي: ٧/ ١٦٤ وعبد الرزاق (١٧٢٣١).

وأخرج البيهقي: ٧/ ١٦٤ عن علي سئل عن الرجل تكون له جاريتان أختان، فيطأ إحداهما، أيطأ الأخرى؟ فقال: أحلتهما آية وحرمتهما آية وأنا أنهي عنهما نفسي وولدي. وروي عن ابن عباس في الجارية وابنتها مثل ذلك. وعبد الرزاق (١٢٨٢٩) وعن ابن عمر: كان له مملوكتان أختان فوطىء إحداهما ثم أراد أن يطأ =

كتحريم أخوات الموطوءة وعماتها. فلما كان تحريم التأبيد معتبراً في وطء الإماء كالنكاح، وجب أن يكون تحريم الجمع معتبراً في وطئين كالنكاح، ولأن ثبوت الفراش بالوطء، أقوى من ثبوته بالعقد. لأنه يثبت الوطء إذا كان عن شبهة، كما ثبت في صحيحه، ولا يثبت في فاسد العقد وإن ثبت في صحيحه. فلما ثبت تحريم الجمع في العقد، كان تحريمه في الوطء أولى.

ولأن تحريم الجمع في النكاح إنما كان ليدفع به فلا يتقاطعون، لأن الضرائر من النساء متقاطعات؛ وهذا المعنى موجود في الأختين بملك اليمين كوجوده فيهما بعقد النكاح، فوجب أن يستويا في التحريم.

فأما الاستدلال بعموم الآيتين[1]، فقد خصه قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾[2].

وأما قوله: بأن تحريم العدد لما اختص كذلك تحريم الجمع. فالجواب عنه: أن تحريم العدد إنما ثبت في الزوجات خوفاً من الجور فيما يجب لهن من النفقة والكسوة والقسم، وهذا معدوم في الإماء لأن نفقتهن وكسوتهن في اكتسابهن ولا قسم لهم، فأمن الجور فيهن، فافترقا في تحريم العدد، وهما في المعنى الذي أوجب تحريم الجمع سواء، لأنه خوف التقاطع والتباغض والتحاسد. وهذا المعنى موجود في الإماء كوجوده في الزوجات، فاستويا في تحريم الجمع لاشتراكهما في معناه، وإن افترقا في تحريم العدد لافتراقهما في معناه.

وأما قول داود: إن الجمع بينهما في الوطء غير ممكن، فعنه جوابان:

أحدهما: أنه قد يمكن الجمع بينهما في الاستمتاع بأن يضاجعهما معاً ويلمسهما، وهذا محرم في الأختين.

والثاني: أنه قد ينطلق اسم الجمع على فعل الشيء بعد الشيء كالجمع بين

= الأخرى، فأخرج التي وطىء من ملكه وقال الحسن البصري: حتى يخرجها من ملكه أو يزوجها، أخرجه البيهقي: ٧/ ١٦٥ وعبد الرزاق (١٢٧٣٣) و(١٢٧٣٥).
وأخرج ابن أبي شيبة الأثار في: ٣/ ٣٠٥ ـ ٣٠٨.

(١) الأولى ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم﴾ سورة المعارج، الآية: ٣٠، والثانية: ﴿فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة﴾ سورة النساء، الآية: ٣.

(٢) سورة النساء، الآية: ٢٣.

الصلاتين، كذلك بين الوطئين، فيكون الجمع جمعين: جمع متابعة، وجمع مقارنة. إن الصحابة قد عقلت من معنى الجمع ما نهت عنه، ولم يجعله مستحيلاً.

فصل: فإذا تقرر تحريم الجمع بين الأختين بملك اليمين كتحريمه بعقد النكاح، فملك أختين كان له أن يستمتع بأيهما شاء. فإذا استمتع بواحدة منهما حرمت عليه الأخرى ما كان على استمتاعه بالأولى حتى يحرمها عليه بأحد خمسة أشياء: إما أن يبيعها، وإما أن يهبها، وإما أن يعتقها، وإما أن يزوجها، وإما أن يكاتبها فتصير بأحد هذه الخمسة الأشياء محرمة عليه، فيحل له حينئذ أن يستمتع بالثانية، وتصير الأولى إن عادت إلى إباحته محرمة عليه أن يستمتع بها حتى تحرم الثانية بأحد ما ذكرناه من الأشياء الخمسة. وحكي عن قتادة: أنه إذا عزم أن لا يطأ التي وطيء، حلّت له الأخرى.

وهذا خطأ، لأن التحريم يقع بأسبابه، لا بالعزم عليه، وقد يحرم عليه بشيئين آخرين ليسا من فعله وهما: الرضاع، والردة؛ فأما بالتدبير فلا يحرم. ثم إذا خرج الثانية بأحد ما ذكرنا، عادت الأولى إلى إباحتها، وحل له الاستمتاع بها. فلو أنه حين استمتع بالأولى استمتع بالثانية قبل تحريم الأولى عليه، كان بوطء الثانية عاصياً، ولم تحرم الأولى عليه بمعصية بوطء الثانية.

وقال الشافعي: واختار أن يمسك عن وطء الأولى حتى يستبرىء الثانية، لئلا يجمع ماءه في أختين. فإن وطئها قبل استبراء الثانية جاز، وإن أساء[1].

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ونهى رسولُ الله ﷺ أنْ تُنْكَحَ المرأةُ على عمَّتِها أو خالتِها)[2].

قال الماوردي: وهذا كما قال. الجمع بين المرأة وعمتها، وبين المرأة وخالتها حرام بعقد النكاح وملك اليمين، كالجمع بين أختين، وهو قول الجمهور. وحكي عن الخوارج، وعن عثمان البتي: أنه لا يحرم الجمع بينهما في نكاح ولا ملك يمين. وحرم داود الجمع بينهما في النكاح، دون ملك اليمين.

فأما داود فقد مضى الكلام معه في الجمع بين الأختين، وأما البتّي والخوارج فاستدلوا بأن تحريم المناكح مأخوذة من نص الكتاب دون السنة، ولم يرد الكتاب بذلك، فلم يحرّم.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٨.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٦٨.

وهذا خطأ، لأن كل ما جاءت به السنة يجب العمل به، كما يلزم بما جاء به الكتاب. قال الله تعالى: ﴿وَمَا يَنطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾[1]. وقد جاءت السنة بما رواه مالك، عن أبي الزناد، عن الأعرج عن أبي هريرة، أن النبيّ ﷺ قال: «لا يجمَعُ بين المرأة وعمَّتِها، ولا بينَ المرأةِ وخالتها»[2]. وروى داود بن أبي هند، عن الشَّعبي، عن أبي هريرة أن النبيّ ﷺ قال: «لا تنكحُ المرأةُ على عمَّتِها ولا العمَّةُ على بنتِ أخيها، ولا تنكحُ المرأةُ على خالتِها، ولا الخالةُ على بنتِ أختها، لا الصُّغرى على الكُبرى، ولا الكُبْرَى على الصُّغرى»[3].

وهذان الحديثان نص، والثاني أكمل. وهما وإن كانا خبري واحد، فقد تلقته الأمة بالقبول، وعمل به الجمهور، فصار بأخبار التواتر أشبه، فلزم الخوارج العمل به، وإن لم يلتزم أخبار الأحاد. ولأن الأختين يحرم الجمع بينهما، لأن إحداهما لو كان رجلاً حرم عليه نكاح أخته، كذلك المرأة وخالتها وعمتها يحرم الجمع بينهما، لأنه لو كان أحدهما رجلاً حرم عليه نكاح عمته وخالته.

فأما الجمع بين المرأة وبين بنت عمتها، أو بينها وبين بنت عمها فيجوز، لأن أحدهما لو كان رجلاً لجاز أن يتزوج بنت عمه وبنت عمته وبنت خاله وبنت خالته، وهو أصل في تحريم الجمع وإحلاله بين ذوات الأنساب.

وبهذا المعنى حرمنا عليه الجمع بين المرأة وعمة أبيها وعمة أمها، وبينها وبين خالة أبيها وخالة أمها، لأن أحدهما لو كان رجلاً حرم عليه نكاح الأخرى. والله أعلم.

ـ **مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (فإذا تزوَّجَ امرأةً ثمَّ تزوَّجَ عليها أختَها أو عمَّتها أو خالتَها وإنْ بعدَتْ فنكاحُها مفسوخٌ، دخلَ بها أو لم يدخُلْ. ونكاحُ الأولى ثابِتٌ، وتحلُّ كلُّ واحدةٍ على انفرادها، فإنْ نكحَهما معاً فالنِّكاحُ مفسوخ)[4].**

---

(١) سورة النجم، الآية: ٢ ـ ٣.

(٢) حديث أبي هريرة: أخرجه مالك في الموطأ: ٢/٥٣٢ والبخاري في النكاح (٥١٠٩) ومسلم في النكاح (١٤٠٨) (٣٣) والشافعي في مسنده: ٢/١٨ وأحمد: ٢/٤٦٢، والنسائي: ٦/٩٦ ـ ٩٧، والبغوي (٢٢٧٧)، والبيهقي: ٧/١٦٥، وسعيد بن منصور (٦٥٤)، وابن حبان (٤١١٥).

(٣) حديث أبي هريرة. أخرجه الترمذي في النكاح (١١٢٦)، وأبو داود (٢٠٦٥)، والنسائي: ٦/٩٨، وأحمد: ٢/٤٢٦، والبيهقي: ٧/١٦٦، وعبد الرزاق (١٠٧٥٨)، وابن الجارود (٦٨٥)، وسعيد بن منصور (٦٥٢)، وابن حبان (٤١١٨).

(٤) مختصر المزني، ص: ١٦٨.

قال الماوردي: اعلم أن الجمع بين مناكح ذوات الأنساب ينقسم ثلاثة أقسام:

قسم يوجب تحريم المصاهرة على التأبيد.

وقسم يوجب تحريم المصاهرة في الجمع، لا على التأبيد.

وقسم إباحة لا يوجب تحريم التأبيد ولا تحريم الجمع.

فأما القسم الأول: وهو تحريم التأبيد، ففي أنساب البعضية والولادة كالمرأة في تحريم أمهاتها وبناتها عليه يحرمن على الأبد.

وأما القسم الثاني: وهو تحريم الجمع في حال العقد من غير تحريم على التأبيد، ففيما تجاوز الولادة واتصل بها من ذوات المحارم كالجمع بين الأخوات والخالات والعمات لما نزلن عن درجة الأمهات، والبنات في التعصيب، لم يحرمن على التأبيد، ولما شاركتهن في المحرمية حرمن تحريم الجمع.

وأما القسم الثالث: وهو من لا يحرمن على التأبيد ولا على وجه الجمع، فمن عدا الفريقين من بنات الأعمام والعمات، وبنات الأخوال والخالات، لما نزلن عن الدرجتين ولم يكن لهن بعضية الأمهات والبنات، ولا محرم العمات والخالات، لم يتعلق عليهن واحد من حكمي التحريم لا التأبيد ولا الجمع، وجاز للرجل أن يجمع بين أربع منهن وإن تناسبن، لبعد النسب وخلوه من معنى أحد التحريمين.

فصل: فإذا تقررت هذه المقدمة، وإن تحريم الجمع يختص بذوات المحارم من نسب أو رضاع كالأخوات والعمات والخالات، فنكح الرجل أختين، أو امرأة وخالتها، أو امرأة وعمتها، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يعقد عليهما معاً في عقد واحد، فنكاحهما باطل. لأنه لما حرم الجمع بينهما ولم تتعين المختصة بالصحة منهما، وجب بطلان العقد عليهما لتساويهما، وسواء دخل بأحدهما أو لم يدخل، وهو بالخيار بين أن يستأنف العقد على أيتهما شاء. فإن عقد على التي دخل بها، سقط ما عليها من عدة أصابته. وإن عقد على غير المدخول بها، صح عقده عليه، ويستحب أن يمسك عن إصابتها حتى تنقضي عدة أختها من إصابته لئلا يجتمع ماؤه في أختين.

والضرب الثاني: أن يعقد عليهما ثانية بعد أولى، فنكاح الأولى ثابت، ونكاح الثانية باطل لاستقرار العقد على الأولى قبل الجمع، فلو شك في أيتهما نكح أولاً فهذا على ضربين:

أحدهما: إن طرأ الشك بعد تقدم اليقين فنكاحهما موقوف، وإحداهما زوجة مجهولة العين، والأخرى أجنبية، وكل واحدة منهما ممنوعة منه ومن غيره من الأزواج حتى يبين أمرها. فإن صرح بطلاق إحداهما حلّت لغيره، وكان تحريمها عليه بحالة، والأخرى على التحريم. فإن استأنف عليها عقداً، حلَّت له.

والضرب الثاني: أن يكون الشك مع ابتداء العقد لم يتقدمه يقين، فنكاحهما باطل لا يوقف على البيان لعدمه، وهل يفتقر بطلانه إلى فسخ الحاكم أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يفتقر، ويكون بالأشكال والاشتباه باطلاً، لأن ما لم يتميز إباحته من الحظر غلب عليه حكم الحظر.

والوجه الثاني: أنه لا ينفسخ إلا بحكم حاكم، لأن العلم محيط بأن فيهما زوجة، فلم يكن الجهل بها موجباً لفسخ نكاحها حتى يتولاه من له مدخل في فسخ النكاح وهو الحاكم.

فصل: فإذا عقد الرجل على امرأة نكاحاً فاسداً ثم تزوج عليها أختها، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يعلم بفساد العقد الأول، فيكون نكاح الثانية جائزاً، سواء علم أنها أخت الأولى وقت العقد، أو لم يعلم.

والضرب الثاني: أن لا يعلم بفساد النكاح في الأولى حتى يعقد على أختها، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن لا يعلم وقت عقده على الثانية أنها أخت الأولى، فيكون نكاحها جائزاً لأنه لم يقترن بعقده منع.

والضرب الثاني: أن يعلم وقت عقده على الثانية أنها أخت الأولى، ولا يعلم بفساد نكاح الأولى حتى يعقد على الثانية، فنكاح الثانية باطل لأنه أقدم على نكاح هو ممنوع منه في الظاهر يجري عليه حكم الحظر في الفساد والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وإنْ تزوَّجَ امرأةً ثم طلَّقَها قبل أن يدخُلَ

بها، لم تحلَّ له أمُّها لأنها مُبْهمةٌ، وحلَّت له ابنتُها لأنها من الرَّبَائِبِ. فإنْ دخلَ بها لم تحلَّ له أمُّها، ولا ابنتُها أبداً»[١].

قال الماوردي: أما الربائب، فقد ذكرنا أنهن بنات الزوجات، إحداهن ربيبة. وفي تسميتها بذلك وجهان:

أحدهما: لأنها تكون في الأغلب في تربيته وكفالته.

والثاني: لأنها ترب الدار أي: تدبرها وتعنى بها.

فإذا تزوج الرجل امرأة حرم عليه بالعقد عليها ثلاثة أصناف من مناسبتها: صنف أعلى وهن الأمهات، وصنف أدنى وهن البنات، وصنف مشاركات وهن الأخوات والعمات والخالات. فكلهن محرمات عليه ما كان العقد عليها باقياً، فإذا ارتفع العقد عنها بموت أو طلاق أو فسخ، انقسمت أحوال هؤلاء المحرمات ثلاثة أقسام:

قسم: يحللن له بعد ارتفاع العقد عن زوجته، سواء قد دخل بها أم لا، وهن الأخوات والعمات والخالات، لأن تحريمهن تحريم جمع، لا تحريم تأبيد.

وقسم ثان: لا يحللن له وإن ارتفع العقد عن زوجته سواء دخل بها أم لا، وهن الأمهات، لأنهن حرمن بالعقد تحريم تأبيد.

وقسم ثالث: يحللن بعد ارتفاع العقد عن زوجته إن لم يكن قد دخل بها، ويحرمن عليه إن كان قد دخل بها، وهن البنات لأنهن يحرمن بالعقد تحريم جمع، وبالدخول تحريم تأبيد، بخلاف الأمهات المحرمات بالعقد تحريم تأبيد؛ وهو قول جمهور الصحابة والتابعين والفقهاء.

وحكي عن علي بن أبي طالب، وعبد الله بن الزبير، ومجاهد: أن الأمهات كالبنات الربائب لا يحرمن إلا بالدخول[٢]. وحكي عن زيد بن ثابت: أنه إنْ طلق الزوجة لم تحرم الأم إلا بالدخول كالربيبة، وإن ماتت حرمت الأم وإن لم يدخل بها، بخلاف الربيبة، لأن الموت في كمال المهر كالدخول.

واستدلوا في إلحاق الأمهات بالربائب في تحريمهن بالدخول بقول الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٨.

(٢) الآثار عند ابن أبي شيبة: ٣/٣٠٧-٣٠٨.

دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾[(١)] فذكر جنسين هما: الأمهات، والربائب. ثم عطف عليها باشتراط الدخول في التحريم، فاقتضى أن يكون راجعاً إلى المذكورين معاً، ولا يختص بالرجوع إلى أحدهما، وهو للشافعي ألزم، لأنه يقول: إنّ الشَّرطَ والكِتَابَةَ والاستثناء إذا تعقبت جملاً رجع إلى جميعها، ولم تختص بأقرب المذكورين فيها، كما لو قال رجل: امرأتي طالق، وعبدي حر، واللهِ لادخلتُ الدار إن شاء الله، كان الاستثناءُ بمشيئة الله تعالى راجعاً إلى الطلاق والعتق واليمين، ولم يختص عنده برجوعه إلى اليمين، كذلك يلزمه أن لا يجعل اشتراط الدخول راجعاً إلى الربائب دون الأمهات حتى يكون راجعاً إليهما معاً.

والدليل: على صحة ما ذهبنا إليه والجماعة من اشتراط الدخول في الربائب دون الأمهات قول الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾[(٢)] فكان الدليل من هذه الآية على أن شرط الدخول عائد إلى الربائب دون الأمهات من خمسة أوجه:

أحدها: قوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾[(٣)] وليست أم الزوجة منهما، وإنما الربيبة منهما، فدل على أن الدخول مشروط في الربيبة لأنها من الزوجة دون الأم التي ليست من الزوجة.

والثاني: وهو ما ذكره سيبويه[(٤)]: أن الشرط والاستثناء إنما يجوز أن يرجع إلى جميع ما تقدم ذكره إذا حسن أن يعود إلى كل واحد منهما على الانفراد، وإن لم يحسن لم يعد إلى الأقرب. وهو لو قال: «وأمهات نسائكم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن، لم يحسن، فلم يعد إليه».

والثالث: وهو ما قاله المبرد[(٥)]: أنه إذا اختلف العامل في إعراب الجملتين، لم يعد

(١) سورة النساء، الآية: ٢٣.

(٢) سورة النساء، الآية: ٢٣.

(٣) سورة النساء، الآية: ٢٣.

(٤) سيبويه: هو عمرو بن عثمان بن قنبر، مولى بني الحارث، أبو بشر، ومعناه بالفارسية: رائحة التفاح، (ت ١٧٧)هـ. وصاحب كتاب النحو المشهور. راجع الفهرست: ص ٧٧، ومعجم الأدباء: ١٦/ ١١٤.

(٥) المبرد: هو محمد بن يزيد بن عبد الأكبر، أبو العباس، الأزدي، البصري، النحوي: (ت ٢٨٥)هـ. صاحب الكامل. راجع: الفهرست لابن النديم: ص ٨٧ ومعجم الأدباء: ١١١/٩.

الشرط إليهما، وعاد إلى أقربهما. وإن لم يختلف العامل في إعرابهما عاد إليهما، والعامل ها هنا في إعراب الجملتين مختلف، فذكر النساء مع الأمهات مجروراً بالإضافة لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾[1] وذكر النساء مع الربائب مجروراً بحرف الجر وهو قوله: ﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم﴾[2] فلما اختلف عامل الجر في الموضعين، لم يجز أن يعود الشرط إليهما، وعاد إلى أقربهما.

والرابع: أن الأم قد تقدمها مطلق، وتعقبها مشروط، فكان إلحاقها بالمطلق المتقدم أولى من إلحاقها بالمشروط المتأخر.

والخامس: أن المطلق أعم، والمشروط أخص، فكان إلحاق المبهم بالمطلق الأعم أولى من إلحاقه بالمشروط الأخص، ويدل عليه من طريق السنة ما رواه المثنى بن الصباح، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبيّ ﷺ قال: «إذا نكحَ الرَّجُلُ امرأةً ثم طلَّقَها قبل أن دَخَل بها، حُرِّمَتْ عليه أمُّها ولم تحرَّمْ عليه بنتُها»[3]. وروى الأوزاعي، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص، أن النبيّ ﷺ قال: «إذا تزوَّجَ الرَّجُلُ امرأةً ثم ماتَتْ قبلَ أن دخلَ بها حُرِّمَتْ عليه أُمُّها ولم تحرَّمْ عليه بنتُها»[4] وهذا نص، ولأن في الأمهات من الرِّقة والمحبة لبناتهن ما ليس في البنات لأمهاتهن.

روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: يا رسولَ الله ما بالُنا نرقُّ على أولادِنا ولا يرقُّون علينا؟، قال: «لأننا وَلَدْنَاهُمْ ولم يَلِدُونا»[5].

---

(١) سورة النساء، الآية: ٢٣.

(٢) سورة النساء، الآية: ٢٣.

(٣) حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: أخرجه البيهقي: ٧/ ١٦٠ وبلفظ: «فله أن يتزوج ابنتها، رليس له أن يتزوّج أمها»، وقال: مثنى بن الصباح غير قوي وقد تابعه على هذه الرواية عبد الله بن لهيعة عن عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جدّه: أن رسول الله ﷺ قال: «أيما رجل نكح امرأة فدخل بها أو لم يدخل بها، فلا يحلّ له نكاح أمها. وأيّما رجل نكح امرأة، فدخل بها، فلا يحلّ له نكاح ابنتها، وإن لم يدخل بها، فلينكح ابنتها إن شاء».

(٤) الحديث: أخرجه الترمذي في النكاح (١١١٧) من طريق ابن لهيعة، عن عمرو بن شعيب. وقال: هذا حديث لا يصحّ من قبل إسناده، وإنما رواه ابن لهيعة والمثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب، والمثنى وابن لهيعة يضعّفان في الحديث، والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم. والطبري في تفسيره: ٣/ ٣٢٠ وقال: وفي إسناده نظر. وابن كثير في تفسيره: ١/ ٤٧١ وقال: خبر غريب وفي إسناده نظر.

(٥) لم أقف عليه في كتب السنن والآثار.

فلما كانت الأم أكثر رقة وحباً لم تنفس[(١)]، على بنتها بعدول الزوج إليها، فجاز أن يكون الدخول بالأم مشروطاً في تحريم البنت، لأنها ربما ضنت، بالزوج بعد دخوله بها ما لم تضن به قبله. وليس كذلك البنت، لأنها لما كانت أقل رقة وحباً، نفست على أمها بعدول الزوج إليها، فأفضى إلى القطيعة والعقوق قبل الدخول كإفضائه بعده، فلم يجعل الدخول شرطاً.

فأما الآية فقد ذكرنا وجه دلائلنا منها، وأما الاستشهاد بعود الاستثناء إلى ما تقدم من الطلاق والعتق واليمين، فلأنه يصحُّ أن يرجع الاستثناء إلى كل واحد من الجملة المتقدمة، فجاز مع الإطلاق أن يرجع إلى جميعها، وليس كذلك ها هنا لما بيناه.

فصل: فإذا ثبت أن تحريم الأم على الإطلاق، وتحريم الربيبة مشروط بالدخول، فقد اختلف الناس في الدخول الذي تحرم به الربيبة:

فقال أبو حنيفة: هو النظر إلى فرج الأم بشهوة، فتحرم به الربيبة. وقال عطاء: وحماد: هو التفتيش والقعود بين الرجلين. وقال الشافعي: إن الدخول الذي تحرم به الربيبة يكون بالمباشرة، وله فيه قولان:

أحدهما: أنه الوطء في الفرج.

والثاني: إنه القبلة والملامسة بشهوة، وإن لم يطأ.

واستدل أبو حنيفة بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**لا ينظُرُ اللَّهُ إلى رجلٍ نظرَ إلى فَرْجِ امرأةٍ وابنتِها**»[(٢)]، قال: ولأنه نوعُ استمتاع فجاز أن يتعلق به تحريم المصاهرة كالوطء، ودليلنا: قوله تعالى: ﴿**مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ**﴾[(٣)] ولا ينطلق اسم الدخول إلا على المباشرة دون النظر، ولأنه استمتاع لا يوجب الغسل فلم يوجب تحريم المصاهرة، كالنظر إلى وجهها. ولأن النظر إلى الوجه والبدن أبلغ في اللذة والاستمتاع من النظر إلى الفرج، فإذا كان الآكد لا يحرم فما دونه أولى.

فأما الخبر فرواية حفص بن غياث، عن ليث، عن حماد عن إبراهيم، عن علقمة،

---

(١) نفس به، أي ضنّن عليه، وهنا لم تضنّ، أو لم تبخل.

(٢) أخرجه البيهقي: ٧/ ١٧٠ من طريق ليث بن أبي سليم، عن حماد، عن إبراهيم، عن علقمة عن ابن مسعود موقوفاً وقال: هذا ضعيف، ونقل عن الدارقطني قال: هذا موقوف، وليث وحماد ضعيفان.

(٣) سورة النساء، الآية: ٢٣

عن عبد الله[1] موقوفاً، وعلى أنه محمول على الوطء، فكنى عنه بالنظر إلى الفرج.

وأما قياسهم فمنتقض بالنظر إلى الوجه، ثم المعنى في الأصل: أنه يوجب الغسل.

فصل: فإذا تقرر تحريم الربائب بالدخول على ما وصفنا، فلا فرق بين أن تكون: في تربيته وحجره أم لا، وهو قول الجمهور من الصحابة والتابعين والفقهاء. وقال داود: إنما تحرم عليه إذا كانت في تربيته وحجره. وحكاه مالك بن أوس، عن علي بن أبي طالب رضوان الله عليه[2] استدلالاً بقوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ الَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾[3] فعلّق تحريم الربائب بشرطين:

أحدهما: أن تكون في حجره.

والثاني: أن يكون قد دخل بها فوجب أن يعتبرا في تحريمها.

ودليلنا هو: أن علة التحريم هو وقوع التنافس المؤدي إلى التقاطع والتباغض، وليس للحجر في هذا المعنى تأثير، فلم يكن به اعتبار، ولأن الحجر غير معتبر في الشرع في إباحة ولا حظر. ألا تراه غير مؤثر في تحريم حلائل الأبناء، ولا في إباحة بنات العم، فكذلك في الربائب؟ وليس ذكر الحجر في الربائب شرطاً، وإنما ذكر، لأنه الأغلب من أحوال الربائب أنهن في حجر أزواج الأمهات، فصار ذكره تغليباً للصفة، لا شرطاً في الحكم، كما قال

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) الأثر عن علي: أخرجه ابن كثير في تفسيره: ١/ ٤٧١ من طريق ابن جريج، عن إبراهيم بن عبيد بن رفاعة، عن مالك بن أوس بن الحدثان قال: كانت عندي امرأة فتوفيت وقد ولدت لي، فوجدت عليها، فلقيني علي، فقال: ما لكَ؟ فقلت: توفّيت المرأة، فقال علي: لها ابنة؟ قلت: نعم وهي بالطائف قال: كانت في حجرك؟ قلت: لا، هي بالطائف. قال: فانكحْها. قلت: فأين قول الله: ﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم﴾؟ قال: إنها لم تكن في حجرك، إنما ذلك إذا كانت في حجرك. قال ابن كثير: هذا إسناد قوي ثابت إلى علي على شرط مسلم، وهو قول غريب جداً، وإلى هذا ذهب داود الظاهري وأصحابه، وحكاه أبو القاسم الرافعي عن مالك، واختاره ابن حزم، وحكى لي شيخنا الذهبي أنه عرض هذا على الشيخ الإمام تقي الدين ابن تيمية فاستشكله وتوقف في ذلك.

وأخرجه السيوطي في الدر المنثور: ٢/ ٤٧٤ وقال: وأخرج عبد الرزاق وابن أبي حاتم بسند صحيح عن مالك. والقرطبي في تفسيره: ٥/ ١١٢، ونقل عن الطحاوي أنه لا يثبت لجهالة إبراهيم. وأخرجه عبد الرزاق (١٠٨٤٣).

(٣) سورة النساء، الآية: ٢٣.

تعالى: ﴿وَلا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ﴾[١]، والصائم لا يجوز له وطء زوجته وإن كانت في غير مسجد، وإنما ذكر المسجد على طريق الأغلب من أحواله.

فصل: فأما قول الشافعي: «لم تحلّ له أمُّها لأنها مُبْهَمة»[٢] ففيه تأويلان:

أحدهما: يعني: مرسلة بغير شرط. وقد روي عن ابن عباس أنه قال فيها: أبهِموا ما أبهَمَ القرآنُ[٣].

والتأويل الثاني: أن المبهمة المحرمة في كل أحوالها، فلا يكون لها إلا حكم واحد من قولهم: فرس مبهم، إذا لم يكن فيه شية تخالف شية، وكان بعض أهل اللغة يذهب إلى تأويل ثالث: أن المبهمة المشكلة، وهذا ليس بصحيح، لأن حكم الأم غير مشكل.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وإنْ وطِىءَ أمَتَهُ لم تحلَّ له أمُّها ولا ابنتُها أبداً، ولا يطأُ أختَها ولا خالتَها ولا عمَّتَها حتى يحرِّمَها)[٤].

قال الماوردي: اعلم، أنَّ ما حرم بالعقد على الزوجة حرم بوطء الأمة، لا بملكها، لأن الأمة لا تصير فراشاً إلا بالوطء دون الملك. فإذا ملك أمة لم يتعلق بملكها تحريم أحد من ذوي أنسابها، فلم تحرم على أحد من ذوي أنساب سيدها. فإذا وطئها تعلق بوطئها تحريم المصاهرة، كما تعلق بالعقد على الزوجة فيحرم عليه أمها وأمهات أمها من آبائها وإن علون، وتحرم عليه بناتها وبنات أولادها وإن سفلن، وتحرم على أبيه وجده وإن علا، وعلى ابنه وابن ابنه وإن سفل. وهذا التحريم في هذه الوجوه الأربعة مؤبد. وتحرم عليه أختها، وعمتها، وخالتها، وبنت أخيها، وبنت أختها. وهذا التحريم في هؤلاء الخمس تحريم الجمع، لا تحريم تأبيد ما كان على استمتاعه بأمته. فإن حرمها على نفسه بأحد ما قدمنا ذكره من الأشياء الخمسة من: بيع، أو هبة، أو تزويج، أو عتق، أو كتابة، حل له حينئذ من شاء من الخمس اللاتي حرمن عليه تحريم جمع أن يستبيحها بعقد نكاح أو ملك

---

(١) سورة البقرة، الآية: ١٨٧.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٦٨.

(٣) الأثر عن ابن عباس: أخرجه البيهقي: ٧/ ١٦٠ من طريق سعيد، عن قتادة، عن عكرمة، عن ابن عباس أنه قال: هي مبهمة وكرهها وأخرجه ابن كثير في تفسيره: ١/ ٤٧٠ بلفظ: «كان يقول: إذا طلق الرجل المرأة قبل أن يدخل بها، أو ماتت، لم تحلّ له أمها». وروي أنه قال: إنها مبهمة فكرهها، وقال ابن جريج: والصواب قول من قال: الأم من المبهمات، لأن الله لم يشترط معهنّ الدخول كما اشترطه مع أم الربائب.

(٤) مختصر المزني، ص: ١٦٨ ـ ١٦٩.

يمين. وإن استباحها قبل تحريم الأولى عليه، نظر: فإن كان بعقد نكاح كان باطلاً، وحدَّ إنْ وطئها عالماً. وإنْ كان بملك يمينٍ، لم يحدَّ وإنْ علم.

والفرق بينهما: أن الزوجة يستباح وطئها بالعقد وقد بطل، فوجب فيه الحد؛ والأمة يستباح وطئها بالملك، والملك لم يبطل، فلم يجب بالوطء فيه حد. وخالف وطء أخته بالملك في وجوب الحد على أحد القولين مع ثبوت الملك، لأن تحريم وطء أخته مؤبد، وتحريم وطء أخت أمته لعارض يزول، ولا بتأبد، فافترق حكم تحريمها، فكذلك افترق وجوب الحد فيهما. وهذا كله إذا كان وطء أمته في الفرج.

فأما إن كان قد وطئها دون الفرج، أو قبَّلها، أو لمَسَها، فهل يتعلق به ما ذكرنا من تحريم المصاهرة أم لا؟ على قوليه كما ذكرنا في تحريم الربيبة.

أحدهما: لا يتعلق به تحريم المصاهرة، فعلى هذا يحل له أمهاتها وبناتها، وتحل لآبائه وأبنائه.

والقول الثاني: قد يتعلق به تحريم المصاهرة كالوطء في الفرج، فعلى هذا يحرم عليه أمهاتها وبناتها، وتحرم على آبائه وأبنائه. فأما إن نظر إليهما بشهوة، أو لمسها من وراء ثوب بشهوة أو غير شهوة، أو ضاجعها غير مباشر بشيء من جسده إلى شيء من جسدها، مريداً لوطئها أو غير مريد، لم يتعلق بذلك تحريم ما لم يكن أفضى بمباشرة الجسدين.

وحكي عن عبد الله بن عمر، وعبد الله بن عمرو بن العاص: «أنَّ مَنْ جرَّد أمته ولم يطأها حرِّمَتْ عليه أمُّها وبنتُها»[1]، وهذا ليس بصحيح، لأنه عزم، والعزم ليس بفعل، فلا يتعلق به حكم الفعل.

فصل: وإذا وطىء الرجل امرأة بشبهة نكاح أو ملك ثبت به تحريم المصاهرة، فحرمت عليه أمهاتها وبناتها، وحرمت على آبائه وأبنائه، ولا يحرم عليه أخواتها وعماتها وخالاتها، لأن تحريم أولئك تحريم تأبيد، وتحريم هؤلاء تحريم جمع، والموطوءة بشبهة محرمة، فلم يحصل الجمع.

---

(١) أخرج ابن أبي شيبة: ٣/ ٣٠٢ عن مكحول: أن عمر جرّد جاريته، فسأله إياها بعض بنيه، فقال: إنها لا تحلّ لك. وعن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. وفي: ٣/ ٣٠٣ عن عمرو بن شعيب، عن سالم، عن ابن عمر قال: أيما رجلٍ جرّد جاريته فنظر منها إلى ذلك الأمر، فإنها لا تحلّ لابنه.

ثم هل يصير هذا الوطء محرماً لأمهات الموطوءة لبناتها؟ وهل يصير آباؤه وأبناؤه محرماً لها، أم لا؟ على قولين:

أحدهما: قاله في القديم: إنه يثبت به المحرم، كما يثبت به التحريم.

والقول الثاني: نص عليه في الإملاء: إنه لا يثبت به المحرم، وإن ثبت به التحريم لأنه تعلق به التحريم تغليظاً، فاقتضى أن ينفي عنه المحرم تغليظاً.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وإنْ وطِىءَ أختَها قبلَ ذلك اجتنبَ التي وطىء آخراً، وأحببْتُ أن يجتنِبَ الأولى حتى يستبرِىءَ الأُخرى)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا وطىء أمته، ثم وطىء أختها بالملك قبل تحريم تلك، فلا حد عليه. وإن جاءت بولد، لحق به، وتكون الأولى إباحتها، والثانية على تحريمها، لأنه وطئها حراماً فلا تحل به الثانية، ولم تحرم الأولى، وعليه أن يجتنب الثانية لتحريمها، ويستحب أن يجتنب الأولى حتى يستبرىء الثانية نفسها لئلا يجتمع ماؤه في أختين، وبالله التوفيق.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وإذا اجتمعَ النِّكاحُ وملكُ اليمينِ في أختينِ أو أمةٍ وعمَّتِها، أو خالتِها، فالنِّكاحُ ثابِتٌ لا يفسخُهُ ملكُ اليمينِ كانَ قبلَ أو بعدَ، وحرّم ملكُ اليمينِ لأنّ النّكاح يُثْبِتُ حقوقاً له وعليه. ولو نَكَحَهُما معاً، انفسخَ نكاحُهما. ولو اشتراهما معاً، ثبتَ ملكُهما ولا ينكحُ أختَ امرأتِهِ، ويشتريها على امرأتِهِ ولا يملكُ امرأتَهُ غيرُهُ ويملكُ أمتَه غيرُه، فهذا من الفرق بينهما)[2].

قال الماوردي: وقد مضى الكلام في الجمع بين أختين بعقد نكاح، وفي الجمع بينهما بملك يمين. فأما إن جمع بينهما في أنْ عَقَدَ على أحدهما نكاحاً، واستمتعَ بالأخرى بملك يمين، فهو حرام لأنه جمع بين أختين، وإنْ اختلف سبب الجمع بينهما. وإذا كان كذلك، لم يخل من أن يتقدم عقد النكاح على الاستمتاع بملك اليمين، أو يتأخر عنه.

فإنْ تقدّم عقد النكاح، ثم اشترى الزوج بعده أخت زوجته، فاستمتع بها، أو كان مالكاً لها قبل عقد النكاح، ثم استمتع بها بعده، فالحكم في الحالين سواء. إذا كان الاستمتاع بعقد النكاح سواء تقدم الملك قبل العقد أو تجدد بعده، فالنكاح ثابت، ووطئه

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٩.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٦٩.

للأخت محرم، ولا تأثير له في العقد المتقدم لاستقراره قبل الوطء المحرم. وإن تقدم الاستمتاع على النكاح، كأنْ ملك أمة واستمتع بها، ثم تزوج عليها أختها قبل تحريمها، فمذهب الشافعي: أن النكاح ثابت وإن تأخر كثبوته لو تقدم، وتحرم به الموطوءة بملك اليمين.

وقال مالك: النكاح باطل، والموطوءة بملك اليمين حلال، استدلالاً بأن الأمة قد صارت بالوطء فراشاً، كما تصير بعقد النكاح فراشاً، وحرم دخول أختها عليها في الحالين. فلما كان لو صارت فراشاً بالعقد، بطل نكاح أختها عليها، وجب إذا صارت فراشاً بالملك أن يبطل نكاح أختها عليها لكونها في الحالين فراشاً.

ودليلنا: هو أن الفراش بعقد النكاح أقوى منه بملك اليمين لأربعة معانٍ:

أحدها: أن فراش المنكوحة يثبت بثبوت العقد، ولا يثبت فراش الأمة بثبوت الملك.

والثاني: أنه قد يرتفع فراش الأمة باستبرائها مع بقاء الملك، ولا يرتفع فراش المنكوحة مع بقاء العقد.

والثالث: أن فراش المنكوحة يثبت حقوقاً لها من طلاق وظهار وإيلاء ولعان، ولا يثبتها فراش الملك.

والرابع: أنه قد يصح أن يملك أمته غيره، ولا يصح أن يملك زوجته غيره. وإذا كان فراش النكاح أقوى من فراش الملك لما ذكرنا من هذه المعاني الأربعة، وجب إذا اجتمع الأقوى والأضعف أن يكون حكم الأقوى أثبت، سواء تقدم أو تأخر، كما لو اجتمع عقد نكاح وعقد ملك بأن تزوج أمة ثم اشتراها، بطل عقد النكاح بعقد الملك، لأن عقد الملك أقوى من عقد النكاح.

وإن كان فراش النكاح أقوى من فراش الملك، لأن عقد الملك على المنفعة والرقبة، وعقد النكاح على المنفعة دون الرقبة، فلما غلب في العقدين أقواهما وهو الملك، وجب أن يغلب في الفراشين أقواهما وهو النكاح. وإنما يراعى الأسبق فيما استوت قوته وضعفه، كعقدي نكاح أو فراشي ملك، فبطل ما استدل به مالك.

فصل: فإذا ثبت جواز النكاح حرمت الموطوءة بملك اليمين، وجاز له وطء هذه

المنكوحة. وقال أبو حنيفة: لا يحل له وطء المنكوحة حتى تحرم الموطوءة بملك اليمين على نفسه: إما ببيع، أو عتق، أو هبة. استدلالاً بأن من يقدم الاستمتاع بها لم تحرم بحدوث العقد على من لا يجوز أن يجمع معها، كما لو تزوجها ثم تزوج أختها.

وهذا خطأ، لأن الجمع إذا لم يمنع من صحة العقد لم يمنع من جواز الاستمتاع، قياساً في الطرد على من نكح حرة بعد نكاح أمة، وفي العكس على من نكح أمة بعد نكاح حرة وفي هذا انفصال.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولا بأسَ أنْ يجمعَ الرَّجُلُ بين المرأةِ وزوجةِ أبيها أو زوجةِ ابنها، وبينَ امرأةِ الرَّجلِ وبنتِ امرأتهِ إذا كانَتْ من غيرها، لأنه لا نَسَبَ بينهما)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح، يجوز أن يجمع الرجل بين المرأة وزوجة أبيها وزوجة ابنها، وهذا قول جمهور أهل العلم، إلا ابن أبي ليلى، فإنه منع منه. استدلالاً بأنهما امرأتان، لو كان أحدهما رجلاً حرم عليه نكاح الأخرى. لأنها تكون امرأة أبيه أو حليلة ابنه، فحرم الجمع بينهما، كما حرم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها للمعنى المذكور.

وهذا خطأ، لما روي أن عبد الله بن جعفر بن أبي طالب، وعبد الله بن صفوان بن أمية. جمع كل واحد منهما بين امرأة رجل وبنته من غيرها[٢]، فلم ينكر ذلك أحد من علماء

(١) مختصر المزني: ص ١٦٩، وفيه: «ولا بأس أن يجمع الرجل بين المرأة وزوجة أبيها وبين امرأة الرجل وابنة امرأته: إذا كانت من غيرها، لأنه لا نسب بينهنّ».

(٢) الخبر عن عبد الله بن جعفر، أخرجه البخاري تعليقاً في باب ما يحلّ من النساء ويحرم فقال: «وجمع عبد الله بن جعفر بين ابنة علي وامرأة علي، وقال ابن سيرين: لا بأس به، وكرهه الحسن. وجمع الحسن بن الحسن بن علي بين ابنتي عم في ليلة. . قال ابن حجر: ٩/ ١٥٥: والأثر عن جعفر: وصله البغوي في الجعديات من طريق عبد الرحمن بن مهران أنه قال: جمع عبد الله بن جعفر بين زينب بنت علي، وامرأة علي ليلى بنت مسعود. وأخرجه سعيد بن منصور من وجه آخر فقال: ليلى بنت مسعود النهشلية وأم كلثوم بنت علي لفاطمة، فكانت امرأتيه، ولا تعارض بين الروايتين في زينب وأم كلثوم. لأنه تزوجهما واحدة بعد أخرى مع بقاء ليلى في عصمته. وقد وقع ذلك مبيناً عند ابن سعد.

أخرجه البيهقي: ٧/ ١٦٧ عن يونس، عن الزهري قال: أخبرني غير واحد: أن عبد الله بن جعفر جمع بين بنت علي وامرأة علي، ثم ماتت بنت عليّ، فتزوج عليها بنتاً لعليّ أخرى. ثم أخرجه من طريق سعيد بن منصور. وأخرجه سعيد بن منصور (١٠١١) والدارقطني: ٣/ ٣٢٠ من طريق مغيرة، عن قثم مولى عباس. وعند سعيد بن منصور (١٠١٠). وابن أبي شيبة: ٣/ ٣٢١.

أمّا الأثر عن عبد الله بن صفوان، فأخرجه سعيد بن منصور (١٠٠٩). وابن أبي شيبة: ٣/ ٣٢٢.

عصرنا، فكان إجماعاً. ولأن تحريم الجمع إنما يثبت بين ذوي الأنساب حفظاً لصلة الأرحام، وأن لا يتقاطعن بالتباعض والعقوق، وليس بين هاتين نسب ولا رضاع يجري عليه حكم النسب، فلم يحرم الجمع بينهما كسائر الأجانب، وخالف ذوي الأنساب.

فصل: قال الشافعي: «وبين امرأةِ الرّجلِ وبنتِ امرأته إذا كانَتْ من غيرها» فاختلف أصحابنا في ذلك، فقال بعضهم: هذا سهو من المزني في نقله، لأنه كرر المسألة وأعادها بعبارة أخرى، لأن زوجة الرجل وبنت امرأته من غيرها هي المرأة وزوجة أبيها. وقال آخرون: بل نقل المزني صحيح، وهذه المسألة غير الأولى، لأن الأولى أن يجمع بين زيد وامرأة زيد، وهذه المسألة أن يجمع بين امرأة زيد وبنت امرأة له أخرى من غيره، وهذا أيضاً يجوز لعدم التناسب بينهما.

فصل: لا بأس أن يتزوج الرجل بامرأة، ويتزوج ابنه بابنتها، أو يتزوج الأب امرأة، ويتزوج الابن بأمها، وهو قول الجماعة، ومنع طاوس إذا تزوج الأب بامرأة أن يتزوج الابن بابنتها إذا ولدت بعد وطء الأب لأمها، فإنْ كنت قد ولدت قبل وطئه لم يمنع، وحكي نحوه عن مجاهد.

وهذا خطأ، لأن تحريم الربيبة على الأب يتساوى حكم ولادتها قبل وطئه وبعده، فاقتضى أن يتساوى حكم إباحتها للابن في ولادتها قبل وطء الأب وبعده، وقد حرص عمر رضي الله عنه في الغلام الذي زنى ببنت امرأة أبيه فجلده أن يجمّع بينهما، فأبى الغلام[1] فدلَّ على جوازه، من غير أن يعتبر فيه حال الولادة. والله أعلم.

---

(١) الأثر عن عمر: سبق تخريجه.

باب الزِّنَى لا يُحَرِّم الْحَلَالَ مِنْ كُتُب[١]

قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (الزِّنا لا يحرِّمُ الحلالَ، قالَهُ ابنُ عباس. قال الشافعي: لأنَّ الحرامَ ضدَّ الحلالِ، فلا يُقاسُ شيءٌ على ضِدِّه)[٢].

قال الماوردي: قد مضى الكلام في تحريم المصاهرة بعد عقد النكاح، وفي تحريمها بوطء الإماء، كذلك الوطء بالشبهة يوجب من تحريم المصاهرة مثل ما يوجبه الوطء الحلال في عقد النكاح أو ملك يمين، لأنه لما ساواه في سقوط الحد ولحوق النسب، ساواه في تحريم المصاهرة.

فأما وطء الزنى فلا يتعلق به تحريم المصاهرة بحال، فإذا زنى الرجل بامرأة لم تحرم عليه أمها ولابنتها، ولم تحرم على أبيه ولا على ابنه، وبه قال من الصحابة: علي بن أبي طالب، وعبد الله بن عباس، ومن التابعين: سعيد بن المسيب، وعروة بن الزبير، والزهري، ومن الفقهاء: مالك، وربيعة، وأبو ثور.

وقال أبو حنيفة: الزنى كالحلال في تحريم المصاهرة، فإذا زنى بامرأة حرمت عليه أمها وبنتها، وحرمت على أبيه وابنه. ولو زنى بامرأة أبيه أو ابنه بطل نكاحها، وكذلك لو قبلها أو لمسها، أو تعمد النظر إلى فرجها بشهوة بطل نكاحها على ابنه وأبيه، وحرمت عليه أمها وبنتها، وهو قول: الثوري، وأحمد، وإسحاق، وحكي عن عمران بن الحصين: وزاد الأوزاعي فقال: إذا تلوَّط الرجل بغلام، حرِّمت عليه أمه وبنته، وحرِّم على الغلام أمه وبنته.

واستدلوا جميعاً بعموم قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾[٣]، والنكاح حقيقة في الوطء، فاقتضى عموم الوطء تحريم التي وطئها الأب. قالوا: وقد روى

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٩: ما جاء في الزنا لا يحرّم الحلال، من الجامع، ومن اليمين مع الشاهد.
(٢) مختصر المزني، ص: ١٦٩.
(٣) سورة النساء، الآية: ٢٢،

ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «لا ينظُرُ اللَّهُ إلى رجلٍ نظرَ إلى فَرْجِ امرأةٍ وبنتِها»[١] فاقتضى إذا نظر إلى فرج امرأة في الزنى أن لا ينظر إلى فرج بنتها في النكاح. وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ كشَفَ خِمَارَ امرأةٍ حُرِّمَ عليه أمُّها وبنتُها»[٢] فكان على عمومه في كشف الخمار لنكاح أو زنى.

قالوا: ولأنه وطء مقصود، فوجب أن يتعلق به تحريم المصاهرة كالنكاح. ولأنه تحريم يتعلق بالوطء المباح، فوجب أن يتعلق بالوطء المحظور، قياساً على وطء الشبهة، ولأنه فعل يتعلق به التحريم، فوجب أن يستوي حكم محظوره ومباحه كالرضاع.

ودليلنا: قول الله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَراً فَجَعَلَهُ نَسَباً وَصِهْراً﴾[٣] فجمع في الماءين: الصهر، والنسب. فلما انتفى عن ماء الزنا حكم النسب، انتفى عنه حكم المصاهرة. وروى نافع، عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «الحَرامُ لا يحرِّم الحَلالَ»[٤]. وروى الزهري، عن عروة، عن عائشة قالت: سُئِلَ رسول الله ﷺ عن الرَّجُلِ ينكحُ المرأَة حراماً، أينكحُ إبنتَها؟ أو ينكحُ البنْتَ حراماً، أينكحُ أمّها؟ فقال رسول الله ﷺ: «لا يحرِّمُ الحَرامُ الحلالَ، إنما يحرِّمُ ما كانَ بِنكاحٍ حلالٍ»[٥]، وهذا نصٌّ لا يجوزُ خلافُه.

ومن طريق القياس: أنه وطء لمحض تحريمه، فلم يتعلق به تحريم المصاهرة، كوطء الصغيرة التي لا تشتهى. ولأنه وطء لا يوجب العدة، فلم يوجب تحريم المصاهرة، كوطء الصغيرة والميتة. ولأنه تحريم بنكاح يتعلق بالوطء الصحيح، فوجب أن ينفي عن الزنى الصريح، قياساً على تحريم العدة. ولأنه وطء يتعلق به التحريم المؤقت، فوجب أن لا يتعلق به التحريم المؤبد كاللواط. ولأن ما أوجب تحريم المصاهرة، افترق حكم حلاله وحرامه كالعقد. ولأنه المواصلة التي تثبت في الوطء بالنكاح، تنتفي عن الوطء بالزنى قياساً على مواصلة النسب. ولأنه لما انتفى عن وطء الزنى ما يتعلق بوطء النكاح من

---

(١) حديث ابن عباس: سبق تخريجه.

(٢) لم أقف عليه بهذا اللفظ وإنما أخرج ابن أبي شيبة: ٣/ ٣٠٤ عن أبي هاني مرفوعاً: «من نظر إلى فرج امرأة لم تحلّ له أمّها ولا ابنتها». وعند ابن ثوبان مرفوعاً عن الدارقطني: ٣/٣٠٧، من كشف خمار امرأة، ونظر إليها، فقد وجب الصداق، دخل بها أو لم يدخل، أخرجه أبو داود في مراسيله.

(٣) سورة الفرقان، الآية: ٥٤.

(٤) حديث ابن عمر: سبق تخريجه.

(٥) حديث عائشة: سبق تخريجه.

الإحصان والإحلال والعدة والنسب، انتفى عنه ما يتعلق به من تحريم المصاهرة. ولأنه لو ثبت تحريم المصاهرة بما حرم من الوطء والقبلة والملامسة بشهوة لما شاءت امرأة أن تفارق زوجها إذا كرهته إلا قدرت على فراقه بتقبيل ابنه، فيصير الفراق بيدها، وقد جعله الله تعالى بيد الزوج دونها، ولا يبطل هذا بالردة، لأن ما يلزمها من القتل بالردة أعظم مما تستفيده من الفرقة، فلم يحصل لها الفرقة بالردة، وحصلت لها بالفرقة والقبلة.

فأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾[1] فهو أن النكاح حقيقة في العقد، مجاز في الوطء. ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ﴾[2]، وقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ﴾[3] يريد به: العقد دون الوطء. ثم لو تناول الوطء مجازاً عندنا وحقيقة عندهم، فجاز أن يكون محمولاً على حلاله، مخصوصاً في حرامه، بدليل ما ذكرنا.

وأما احتجاجهم بما رووه عن النبي ﷺ أنه قال: «لا ينظرُ اللَّهُ إلى رجلٍ نظرَ إلى فَرْجِ امرأةٍ وبنتِها»[4] فعنه جوابان:

أحدهما: أنه مروي عن وهب بن منبه، أنه مكتوب في التوراة، فلم يلزمنا لنسخنا بالقرآن.

والثاني: أن ما تضمنه من الوعيد متوجه إليه في الحرام دون الحلال، لأن أحدهما لا محالة حرام.

وأما احتجاجهم بقوله ﷺ: «مَنْ كشفَ خِمَارَ امرأةٍ حُرِّمَتْ عليه أمُّها وبنتُها»[5] فلا دليل في ظاهره يعمل بموجبه، لأنَ كشف الخمار لا يحرم عليه أمها ولا بنتها، فإن عدلوا به عن ظاهره إلى الوطء، عدلنا به إلى حلال الوطء أو شبهته.

وأما قياسهم بأنه وطء مقصود كالنكاح، فليس لقولهم وطء مقصود تأثير في الحكم،

---

(١) سورة النساء، الآية: ٢٢.

(٢) سورة الأحزاب، الآية: ٤٩.

(٣) سورة النور، الآية: ٣٢.

(٤) حديث ابن مسعود: سبق تخريجه. وهو موقوف.

(٥) سبق تخريجه.

لأن وطء العجوز الشوهاء غير مقصود، وهو في تحريم المصاهرة كوطء الشابة الحسناء. وإذا سقط اعتباره لعدم تأثيره، انتقض بوطء الميتة. ثم المعنى في النكاح: أنه أوجب لحقوق النسب، فلذلك أوجب تحريم المصاهرة، وليس كذلك الزنى. وكذلك الجواب عن قياسهم على وطء الشبهة.

وأما قياسهم على الرضاع بعلة أنه فعل يتعلق به التحريم، فمنتقض بالعقد، يفترق حكم محظوره الفاسد ومباحه الصحيح.

فإن قيل: فالعقد قول، وليس بفعل. قيل: القول فعل، ثم المعنى في الرضاع أنه لما تعلق بمحظوره سائر أحكام المباح، تعلق به تحريم المصاهرة. ولما لم يتعلق بالزنى شيء من أحكام المباح لم يتعلق به تحريم المصاهرة.

فصل: فأما الشافعي فإنه حكى مناظرة جرت بينه وبين بعض العراقيين في هذه المسألة. اختلف أصحابنا فقال بعضهم: هو محمد بن الحسن، وقال آخرون: هو بشر المريسي. فقال الشافعي: «قال لي قائل: يقولُ: لو قبّلت امرأتُه ابنَهُ بشهوةٍ حُرِّمَتْ على زوجِها أبداً، لِمَ قُلْتَ هذا؟»[(١)].

فهذا سؤال أورده عليه المخالف، فمن أصحابنا من قال: قد أخطأ المزني في نقله، وإنما هو لِمَ لا قلت هذا؟ فحذف لا وقال: لِمَ قلت هذا، سهواً منه.

وقال آخرون: بل نقل المزني صحيح، لأن الشافعي ذكر مذهبه في أن الحرام لا يحرم الحلال وطئاً أو لمساً، فقال له المخالف: أنا أقول: لو قبّلَتْ امرأتُهُ ابنَهُ لشهوةٍ حُرِّمَتْ عليه أبداً، لِمَ قلت هذا الذي تقدّم منك في أن الحرام لا يحرِّمُ الحلالَ؟ فأجاب الشافعي عن ذلك فقال: مِنْ قبل أن الله تعالى إنما حرَّم، أمهاتِ نسائكم، وهذا بالنكاح، فلم يجز أن يقاس الحرام بالحلال[(٢)]، يعني أنه لما كان النص وارداً في النكاح، كان الحكم مقصوراً عليه، ولم يكن الحرام ملحقاً به، لأن حكم الحرام مخالف لحكم الحلال. ثم قال الشافعي حاكياً عن هذا القائل: فقال لي: «أجدُ جماعاً وجماعاً»[(٣)] يعني: أن وطء الزنى

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٩: لم قلت: لا يحرم الحرام الحلال؟ قلت: من قبل أن الله تعالى إنما حرم أمهات نسائكم ونحوها بالنكاح، فلم يجز أن يقاس الحرام بالحلال.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٦٩.

(٣) مختصر المزني، ص: ١٦٩: فقال: أجد جماعاً وجماعاً، قلت: جماعاً حمدت به، وجماعاً رجمتُ به، =

جماع، ووطء النكاح جماع، فاقتضى لتساويهما أن يتساوى حكمهما. فأجابه الشافعي عن هذا، بأن فرَّق بين الجماعين فقال: «جماع حمدْتُ به، وجماعاً رجمْتُ به، وأحدُهُما نِعْمَةٌ وجعَلَهُ نسباً وصهراً وأوجبَ به حقوقاً، وجعلَكَ محرماً لأم امرأتك وابنتها تسافرُ بهما، وجعل الزنى نقمةً في الدنيا بالحدود، وفي الآخرة بالنار، إلا أن يعفو الله، فتقيسُ الحرام الذي هو نقمة[1].

فبين الشافعي، بأن الجماعين لما افترقا في الأحكام التي أجمعنا عليها، وجب أن يفترقا في تحريم المصاهرة التي اختلفنا فيها. ثم إن الشافعي استأنف سؤالاً على هذا المناظر فقال: «إن قال لك قائل: وجدْتُ المطلقة ثلاثاً تحلُّ بجماعِ الزوج، فأحلّها بالزنى لأنه جماعٌ لجماع، كما حرمت به الحلال لأنه جماع وجماع» فأجابه هذا المناظر بأن قال: إذاً نخطىء، لأن الله تعالى أحلها بإصابة زوج. فقال الشافعي: «وكذلك ما حرَّم في كتابه بنكاح زوج وإصابة زوج»[2] فأورد أول السؤال نقضاً، ثم بين أنهم قد جعلوا بين الجماعين فرقاً، لأنه ألحق الجماع الحرام بالجماع الحلال من حيث جمعهما الاسم، فعارضه بتحليلها للزوج بالجماع الحرام قياساً على الجماع الحلال لاجتماعهما في الاسم، فأقر بتخطئة قائله، فصار نقضاً واعترافاً بأن اجتماعهما في الاسم ليس بعلة في الحكم.

ثم حكى الشافعي سؤالاً استأنفه مناظِرُهُ فقال قال لي: فيكون شيء يحرِّمهُ الحلالُ لا يحرِّمُه الحرام أقول به؟ فأجابه الشافعي عن هذا بأن قال: «نعم، ينكحُ أربعاً فيحرَّمُ عليه أن ينكح من النساء خامسةً، فيحرَّمُ عليه إذا زنى بأربع شيءٌ من النساء» قال مناظره: لا يمنعهُ الحرامُ ما منَعَهُ الحلال[3]، فكان هذا منه زيادة اعتراف، يفرق ما بين الحلال والحرام.

ثم إن الشافعي حكي عنه استئناف سؤال يدل به على أن الحرام قد يحرم الحلال وهو: أن ترتد المرأة فتحرم بالردة على زوجها، فلم يمتنع أن يكون الحرام محرماً للحلال. فأجابه الشافعي بأن قال: «نعم تحرم عليه وعلى جميع الناس، واقتلها واجعل مالها فيئاً»[4]

= وأحدهما نعمة وجعله الله نسباً وصهراً وأوجب حقوقاً وجعلك محرماً به لأم امرأتك ولابنتها تسافر بهما. وجعل الزنا نقمة في الدنيا بالحدّ، وفي الآخرة بالنار، إلا أن يعفو، أفتقيسُ الحرام الذي هو نقمة، على الحلال الذي هو نعمة؟.

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٩.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٦٩.

(٣) مختصر المزني، ص: ١٦٩.

(٤) مختصر المزني، ص: ١٦٩.

يريد بذلك: أن تحريم الردة عام لا يختص بتحريم النكاح، وإنما دخل فيه تحريم النكاح تبعاً، فجاز أن يكون مخالفاً لحكم ما يختص بتحريم النكاح. والله أعلم.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، من أن الزنى لا يحرم النكاح، فجاءت الزانية بولد من زنى، كان ولد الزانية دون الزاني، لقوله ﷺ: «**الولَدُ للفِرَاش وللعَاهِرِ الحجرُ**»[١] وإنما لحق به دونه، لأنه مخلوق منها عياناً، ومن الأب ظناً، فلحق بها ولد الزنى، والنكاح لمعاينة وضعها لهما، ولحق بالأب ولد النكاح دون الزنى لغلبة الظن بالفراش في النكاح دون الزنى. وإذا لم يلحق ولد الزنى بالزاني وكانت بنتاً، جاز للزاني أن يتزوجها عند الشافعي، وإن كره له أن يتزوجها.

واختلف أصحابه في معنى الكراهة، فقال بعضهم: لاختلاف الفقهاء في إباحتها، فكرِهَ استباحة مختلف فيها.

وقال آخرون: بل كره نكاحها لجواز أن تكون مخلوقة من مائه. وقال أبو حنيفة: قد حرم على الزاني نكاحها. واختلف أصحابه في معنى تحريمها، فقال متقدِّمُوهم: لأنها بنت امرأة قد زنى بها فتعدى تحريم المصاهرة إليها، فعلى هذا يكون فرعاً على الخلاف الماضي. وقال متأخروهم: بل حرمت لأنها بنت مخلوقة من مائة. فعلى هذا، يكون خلافاً مستأنفاً.

واستدلوا فيه بقول الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وبناتكم﴾[٢] وهذه بنته، لأن العرب تسميها بنتاً، ولا يعتبر عقد النكاح. قالوا: ولأنها مخلوقة من مائه في الظاهر، فوجب أن تحرم عليه كالمولودة من زوجة أو أمة. ولأن ولد الزنى مخلوق من مائة الزاني والزانية، فلما حرم ولد الزنى على الزانية، وجب أن يحرم على الزاني قياساً على ولد الشبهة ولأنها مخلوقة من مائه، فلم يكن نفيها عنه بمانع من تحريمها عليه، قياساً على ولد الملاعنة.

ودليلنا: هو أن تحريم الولد حكم من أحكام النسب، فوجب أن ينتفي عن ماء الزنى كالميراث. ولأنه لما كان لحوق النسب بالزانية يوجب أن يتبعه التحريم كما تبعه الميراث، وجب إذا انتفى النسب عن الزاني أن يتبعه التحريم، كما تبعه الميراث.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) سورة النساء، الآية: ٢٣.

وقد يتحرر من هذا الاعتلال قياسان:

أحدهما: أنه تحريم نسب، فوجب أن يكون تابعاً للنسب كاتباعه في حق الأم.

والثاني: أنه تابع للنسب في الثبوت، فوجب أن يكون تابعاً له في النفي كالميراث، ولا يدخل على هذا ولد الملاعنة كما سنذكره. ولأن ولد الزنى لو حرمت على الزاني بالبنوة، لحرمت على أبيه وابنه بحكم البنوة والأخوة، وفي إباحتها لهما دليل على إباحتها للزاني فأما استدلالهم بالآية[1] فليست هذه من بناته فتدخل في آية التحريم، كما لم تكن من بناته في آية المواريث بقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾[2] الآية.

وأما قياسهم أنها مخلوقة من مائه، فهذا غير معلوم، فلم يسلم. ثم لما لم يمنع خلقها من مائه أن لا يتعلق به نسب ولا ميراث، لم يمنع أن لا يتعلق به تحريم فأما قياسهم على ولد الشبهة، فالمعنى فيه: أنه لما ثبت نسبه وميراثه، ثبت تحريمه، وولد الزنى بخلافه.

وأما قياسهم على ولد الملاعنة، فالحكم في ولد الملاعنة: إن كان قد دخل بأمها حرمت عليه أبداً لأنها بنت امرأة قد دخل بها، وإن كان ما دخل بها ففي تحريمها عليه وجهان حكاهما أبو حامد الاسفراييني:

أحدهما: لا يحرم عليه كولد الزنى، فعلى هذا يبطل القياس.

والوجه الثاني: إنها تحرم عليه، لأنه لو اعترف بها بعد النفي لحقت، وولد الزنى لو اعترف به لم يلحق، فصار نفي ولد الزنى موبداً، ونفي ولد الملاعنة غير مؤبد، فافترقا في النفي، فكذلك ما افترقا في الحكم والله أعلم.

---

(١) الآية: ﴿حرّمت عليكم أمهاتكم وبناتكم﴾ سورة النساء، الآية: ٢٣.
(٢) سورة النساء، الآية: ١٠.

باب نِكَاحِ حَرَائِرِ أَهْلِ الْكِتَابِ وإمَائِهِم وَإِمَاءِ الْمُسْلِمِينَ مِنْ كُتُبٍ(١)

قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وأهلُ الكِتَابِ الذين يحلُّ نِكَاحُ حرائِرِهم، اليهودُ والنصارى دون المجوسِ والصّابئينَ والسَّامِرَةِ من اليهودِ والنصارى، إلا أن يعلَمَ أنّهم يخالِفُونَهم في أصل ما يُحِلُّونَ من الكتاب ويحرِّمُون، فيحرِّمُون كالمجوسِ، وإن كانوا يجامِعُونَهُم عليه، ويتأوَّلُون فيختلِفُونَ فلا يحرِّمُون)(٢).

قال الماوردي: اعلم أن المشركين على ثلاثة أقسام:

- قسم هم أهل كتاب.
- وقسم ليس لهم كتاب.
- وقسم لهم شبهة كتاب.

فأما القسم الأول وهم أهل الكتاب، فهم اليهود والنصارى. فكتاب اليهود التوارة، ونبيهم موسى. وكتاب النصارى الإنجيل، ونبيهم عيسى. وكلا الكتابين كلام الله، ومنزل من عنده. قال الله تعالى: ﴿وَأَنْزَلَ التَّوْرَاةَ وَالإِنْجِيلَ مِنْ قَبْلُ هُدًى لِلنَّاسِ﴾(٣)، وقد نسخ الكتابان والشريعتان. أما الإنجيل فمنسوخ بالقرآن، والنصرانية منسوخة بشريعة الإسلام. وأما التوراة ودين اليهودية فقد اختلف أصحابنا بماذا نسخا، على وجهين:

أحدهما: أن التوراة منسوخة بالإنجيل، واليهودية منسوخة بالنصرانية، ثم نسخ القرآنُ الإنجيل ونسخ الإسلامُ النصرانية، وهذا أظهر الوجهين؛ لأن عيسى عليه السلام قد دعا اليهود إلى دينه، واحتج عليهم بإنجيله، فلو لم ينسخ دينهم بدينه وكتابهم بكتابه لأقرَّهم ولدعاهم.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٩: من الجامع، ومن كتاب ما يحرم الجمع بينه وغير ذلك.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٦٩.

(٣) سورة آل عمران، الآيتان: ٣ ـ ٤.

والوجه الثاني: أن التوراة منسوخة بالقرآن، واليهودية منسوخة بالإسلام. وأن ما لم يغير من التوراة قبل القرآن حق، وما لم يغير من اليهودية قبل الإسلام حق، وأن عيسى إنما دعا اليهود لأنهم غيروا كتابهم وبدلوا دينهم، فنسخ بالإنجيل ما غيروه من توراتهم، وبالنصرانية ما بدلوه من يهوديتهم، ثم نسخ القرآن حينئذ جميع توراتهم، ونسخ الإسلام جميع يهودياتهم، لأن الأنبياء قد كانوا مع تقدمهم ويحفظونها من التبديل، وينسخون منها خاصاً تقتضيه المصلحة، كما نسخ الإسلام في آخر الوحي خاصاً من أوله.

فأما نسخ الشرائع المتقدمة على العموم، فلم تكن إلا بالإسلام الذي هو خاتمة الشرائع، وبالقرآن الذي هو خاتمة الكتب.

فعلى الوجه الأول: يكون الداخل في اليهودية بعد عيسى باطل. وعلى الوجه الثاني: على حق ما لم يكن ممّن غيَّر وبدَّل. فأما بعد الإسلام، فالداخل في اليهودية والنصرانية باطل.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من أن اليهود والنصارى من أهل الكتاب قد كانوا على دين حق ثم نسخ، فيجوز لحرمة كتابهم أن يقرّوا على دينهم بالجزية، وتؤكل ذبائحهم وتنكح نساؤهم.

فأما إقرارهم بالجزية وأكل ذبائحهم، فمجمع عليه للنص الوارد في كتاب الله تعالى فيه. أما الجزية فلقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُواْ الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ﴾[1] وأما أكل الذبائح فلقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُواْ الْكِتَابَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾[2].

وأما نكاح حرائرهم، فالذي عليه جمهور الصحابة والتابعين والفقهاء: أنه جائز. وعن الإمامية من الشيعة: إنهم منعوا من نكاح حرائرهم مع القدرة على نكاح المسلمات. استدلالاً بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾[3]، وبقوله تعالى: ﴿لَا تَتَّخِذُواْ الْيَهُودَ وَالنَّصَارَىٰ أَوْلِيَاءَ﴾[4] الآية. ولأن بعضهم بالكفر يمنع من نكاح نسائهم لعبدة الأوثان، قالوا: ولأنهم وإن كانوا أهل كتاب منزل، فكتابهم منسوخ، وما نسخه الله تعالى ارتفع حكمه، فلم يفرق بينه وبين ما لم يكن، فكذلك صاروا بعد نسخه في حكم من لا كتاب له.

---

(١) سورة التوبة، الآية: ٣٠.
(٢) سورة المائدة، الآية: ٥.
(٣) سورة الممتحنة، الآية: ١٠.
(٤) سورة المائدة، الآية: ٥٤.

وهذا خطأ لقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[1] فجمع بين نكاحهن ونكاح المؤمنات، فدل على إباحته.

فإن قيل: فهذا منسوخ بقوله تعالى: ﴿وَلاَ تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ﴾[2]. فعنه جوابان:

أحدهما: أنها متقدمة، لأنها من سورة البقرة وقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِيْنَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾[3] متأخرة لأنها من سورة المائدة، وهو من آخر ما نزل من القرآن، والمتأخر هو الناسخ للمتقدم، وليس يجوز أن يكون المتقدم ناسخاً للمتأخر، فعلى هذا الجواب يكون قوله: ﴿وَلاَ تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ﴾[4] منسوخاً بقوله: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾[5] وهذا قول ابن عباس.

والجواب الثاني: أن قوله: ﴿وَلاَ تَنْكِحُواْ الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ﴾[6] عام، وقوله: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُواْ الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾[7] خاص، والخاص من حكمه أن يكون قاضياً على العام ومخصصاً له، سواء تقدم عليه أو تأخر عنه، فعلى هذا يكون قوله: ﴿وَلاَ تَنْكِحُواْ الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ﴾[8] مخصوصاً بقوله: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِيْنَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾[9] وهذا هو الظاهر من مذهب الشافعي رحمه الله تعالى، وإن اسم الشرك ينطلق على أهل الكتاب وغيرهم من عبدة الأوثان.

وذهب غيره من الفقهاء: إلى أن أهل الكتاب ينطلق عليهم اسم الكفر، ولا ينطلق عليهم اسم الشرك، وإن اسم الشرك ينطلق على من لم يوحد الله تعالى وأشرك به غيره من عبدة الأوثان. فعلى هذا القول: لا يكون قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ﴾[10] مخصوصاً ولا منسوخاً، ثم حكمه ثابت على عمومه.

ثم يدل على جواز نكاحهم ما روي أن النبيّ ﷺ ملكَ ريحانة، وكانت يهوديةً،

---

(١) سورة المائدة، الآية: ٥.
(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢١.
(٣) سورة المائدة، الآية: ٥.
(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٢١.
(٥) سورة المائدة، الآية: ٥.
(٦) سورة البقرة، الآية: ٢١١.
(٧) سورة المائدة، الآية: ٥.
(٨) سورة البقرة، الآية: ٢٢١.
(٩) سورة المائدة، الآية: ٥.
(١٠) سورة البقرة، الآية: ٢٢١.

واستمتع بها بملك اليمين، ثم أسلمت فبُشِّرَ بإسلامها، فسُرَّ به[١]. ولو منع الدين منها لما استمتع، كما لم يستمتع بوثنية، ولأنه إجماع الصحبة. روي عن عمر جوازه[٢]. وعن عثمان: أنه نكح نصرانية[٣]. وعن طلحة: أنه تزوج نصرانية[٤]، وعن حذيفة: أنه تزوج يهودية[٥].

وعن جابر: أنه سُئِل عن ذلك فقال: «نَكَحنَاهُنَّ بالكوفة عام الفتح، مع سعد بن أبي وقاص، ونحنُ لا نكادُ نجدُ المسلماتِ كثيراً، فلما انصرفْنا من العراقِ طلَّقناهُنَّ، يحلُّ لنا نساؤُهم ولا يحلُّ لهم نساؤنا»[٦] فكان هذا القول من جابر إخباراً عن أحوال جماعة المسلمين معه من الصحابة وغيرهم، فصار إجماعاً منتشراً.

فإن قيل: فقد خالف ابن عمر[٧]. قيل: ابن عمر كره ولم يحرِّم، فلم يصر مخالفاً، ولأن الله تعالى قد أنزل كتاباً من كلامه، وبعث إليهم رسولاً من أنبيائه كانوا في التمسك به على حق، فلم يجز أن يساووا في الشرك من لم يكن من عبدة الأوثان على حق قط. ولأنه

---

(١) سبق تخرجه في أول النكاح.

(٢) أخرج البيهقي: ٧/ ١٧٢ من طريق سفيان، عن الصلت بن بهرام قال: سمعتُ أبا وائل يقول: تزوج حذيفة يهودية، فكتب إليه عمر أن يفارقها فقال: إني أخشى أن تدعوا المسلمات وتنكحوا المومسات. وقال البيهقي: وهذا من عمر على طريق التنزيه والكراهة، ففي رواية أخرى، أن حذيفة كتب إليه: أحرام هي؟ قال: لا ولكني أخاف أن تعاطوا المومسات منهنّ. وعبد الرزاق (١٢٦٦٨) وفيه: فلم يطلّقها حذيفة لقوله، حتى إذا كان بعد ذلك طلّقها. و(١٢٦٧٠) وفي (١٢٦٦٤) أن عمر كتب: أن المسلم ينكح النصرانية.

(٣) الأثر عن عثمان بن عفان. أخرجه البيهقي: ٧/ ١٧٢ أن عثمان نكح ابنة الفرافصة الكلبية، وهي نصرانية، ثم أسلمت على يديه.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة: ٣/ ٢٩٧ عن هبيرة، أن طلحة تزوج نصرانية، والبيهقي: ٧/ ١٧٢ وعند عبد الرزاق (١٢٦٧٢) أن طلحة بن عبد الله نكح بنت عظيم يهود، فعزم عليه عمر إلاّ ما طلّقها و(١٢٦٧٣).

(٥) الأثر عن حذيفة سبق تخريجه. وعند عبد الرزاق (١٢٦٦٨) عن قتادة: «أن حذيفة نكح يهودية زمن عمر فقال: طلِّقْها فإنها جمرة..» و(١٢٦٦٩) و(١٢٦٧٠) و(١٢٦٧٦). وابن أبي شيبة: ٣/ ٢٩٧، والبيهقي: ٧/ ١٧٢ وسعيد بن منصور (٧١٦) و(٧١٨).

(٦) الأثر عن جابر: أخرجه عبد الرزاق (١٢٦٧٧) والبيهقي: ٧/ ١٧٢.

(٧) أخرج ابن أبي شيبة: ٣/ ٢٩٧ عن نافع، عن ابن عمر: أنه كان يكره نكاح نساء أهل الكتاب، ولا يرى بطعامهنّ بأساً. ومن طريق ميمون بن مهران عن ابن عمر: أنه كره نكاح نساء أهل الكتاب وقرأ: ﴿ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنّ﴾.

لما جاز لحرمة كتابهم وما تقدم من صحة دينهم أن يفرق بينهم وبين عبدة الأوثان في حقن دمائهم بالجزية وأكل ذبائحهم، جاز أن يفرق بينهم في نكاح نسائهم.

فأما الآية فقد مضى الجواب عنها، وأما قوله: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾[1] فمخصوص في عبدة الأوثان، وأما قياسهم على عبدة الأوثان فممنوع بما ذكرنا من الفرق بينهما: في قبول الجزية، وأكل الذبائح.

وأما قولهم: إن كتابهم منسوخ، فهو كما لم يكن. فالجواب عنه: أن ما نسخ حكمه لا يوجب أن ينسخ حرمته، ألا ترى أن ما نسخ من القرآن فهو ثابت الحرمة وإن كان منسوخ الحكم، كذلك نسخ التوراة والإنجيل.

فصل: فإذا تقرر أن اليهود والنصارى أهل كتاب يحل نكاح حرائرهم، فهم ضربان: بنو إسرائيل، وغير بني إسرائيل.

فأما بنو إسرائيل وهو: يعقوب، بن إسحاق، بن إبراهيم عليهم السلام، فجميع بنيه الذين دخلوا في دين موسى حين دعاهم دخل منهم في دين عيسى من دخل منهم، فقد كانوا على دين حق دخلوا فيه قبل تبديله، فيجوز إقرارهم بالجزية، وأكل ذبائحهم، ونكاح حرائرهم.

وأما غير بني إسرائيل ممن دخل في اليهودية والنصرانية من العرب والعجم والترك والروم فهم ثلاثة أصناف:

صنف: دخلوا فيه قبل التبديل كالروم حين دخلوا في النصرانية، فهؤلاء كبني إسرائيل في إقرارهم بالجزية، وأكل ذبائحهم، ونكاح حرائرهم؛ لأن النبيّ ﷺ كتب إلى قيصر والروم كتاباً قال فيه: «قُلْ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ تَعَالَوْاْ إِلَى كَلِمَةٍ سَوَاءٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ ألا نَعْبُدَ إِلاَّ اللَّهَ، وَلاَ نُشْرِكَ بِهِ شَيْئاً وَلا يَتَّخِذَ بَعْضُنا بَعْضاً»[2] الآية. فجعلهم أهل كتاب. ولأن الحرمة للدين والكتاب، لا للنسب، فكذلك ما استوى حكم بني إسرائيل وغيرهم فيه.

والصنف الثاني: أن يكونوا قد دخلوا فيه بعد التبديل، فهؤلاء لم يكونوا على حق، ولا تمسكوا بكتاب صحيح، فصار في أن لم يكن لهم حرمة دين صحيح، كعبدة الأوثان في أن لا تقبل لهم جزية، ولا تؤكل لهم ذبيحة ولا تنكح منهم امرأة.

---

(١) سورة الممتحنة، الآية: ١٠.

(٢) حديث كتاب رسول الله ﷺ إلى قيصر ملك الروم، تقدّم في مقدّمة الحاوي، من حديث أبي سفيان.

والصنف الثالث: أن يشك فيهم، هل دخلوا فيه قبل التبديل أو بعده كنصارى العرب من تنوخ، ومهرا، وتغلب؟ فهؤلاء شك فيهم عمر، فشاور فيهم الصحابة[(١)] فاتفقوا على إقرارهم بالجزية حقناً لدمائهم، وأن لا تؤكل ذبائحهم، ولا تنكح نساؤهم، لأن الدماء محقونة فلا تباح بالشك، والفروج محظورة فلا تستباح بالشك، فهذا حكم أهل الكتاب من اليهود والنصارى.

فصل: وأما القسم الثاني وهم غير أهل الكتاب كعبدة الأوثان وعبدة الشموس والنيران وعبدة ما استحسن من جماد أو حيوان، أو قال بتدبير الطبائع وبقاء العالم، أو قال بتدبير الكواكب في الأكوان والأدوار، فلم يصدق نبياً ولا آمن بكتاب فهؤلاء كلهم مشركون لا يقبل لهم جزية، ولا تؤكل لهم ذبيحة، ولا تنكح منهم امرأة، ولا يحكم فيهم إذا امتنعوا من الإسلام إلا بالسيف إذا قدر عليهم، إلا أن يؤمنوا مدة أكثرها أربعة أشهر يراعى انقضاؤها فيهم، ثم هم بعد انقضاء مدة أمانهم حرب. وسواء أقروا بأن لا إله إلا الله إذا أشركوا به غيره أو جحدوه، ولم يقروا به إله ولا خالق، في أن حكم جميعهم سواء، لا يقبل لهم جزية، ولا تؤكل لهم ذبيحة، ولا تنكح منهم امرأة.

فصل: وأما القسم الثالث وهو من له شبهة كتاب فهم ثلاثة أصناف: الصابئون، والسامرية، والمجوس.

فأما السامرية فهم صنف من اليهود الذين عبدوا العجل حين غاب عنهم موسى مدة عشرة أيام بعد الثلاثين واتبعوا السامري، فرجع موسى إلى قومه فأنكر عليهم عبادة العجل، وأمرهم بالتوبة وقتل أنفسهم، فمنهم من فعل.

وأما الصابئون فهم صنف من النصارى وافقوهم على بعض دينهم وخالفوهم في بعضه، وقد يسمى باسمهم. وانضاف إليهم قوم يعبدون الكواكب، ويعتقدون أنها صانعة

---

(١) أخرج مالك في الموطأ: ١/٢٧٨ عن جعفر بن محمد بن علي، عن أبيه: أن عمر بن الخطاب، ذكر المجوس فقال: ما أدري كيف أصنعُ في أمرهم، فقال عبد الرحمن بن عوف: أشهدُ لسمعتُ رسول الله ﷺ يقول: «سنّوا بهم سنة أهل الكتاب». أخرجه الشافعي في مسنده والبيهقي: ٩/١٨٩ - ١٩٠. وقال ابن حجر في التلخيص الحبير: ٣/١٧٢: سنده منقطع، فمحمد بن علي لم يلق عمر ولا عبد الرحمن بن عوف. وأخرج الشافعي في مسنده قول عمر: ما نصارى العرب بأهل كتاب، وما تحلّ لنا ذبائحهم، وما أنا بتاركهم حتى يسلموا أو أضرب أعناقهم. وعبد الرزاق (١٠٠٢٥)، والبيهقي: ٩/٢١٦. فلم يكن هناك شك كما قال الماوردي.

مدبرة. فنظر الشافعي في دين الصابئين والسامرة، فوجده مشتبهاً، فعلق القول فيهم لاشتباه أمرهم فقال ها هنا: إنهم من اليهود والنصارى، إلا أن يعلم أنهم يخالفونهم في أصل ما يحلون ويحرمون، فيحرمون. وقطع في موضع آخر: أنهم منهم، وتوقف في موضع آخر فيهم. وليس ذلك لاختلاف قوله، ولكن لا يخلو حالهم من ثلاثة أقسام فقال:

أن يوافقوا اليهود والنصارى في أصل معتقدهم، ويخالفونهم في فروعه، فتقر السامرة بموسى والتوراة، ويقر الصابئون بعيسى والإنجيل، فهؤلاء كاليهود والنصارى في قبول جزيتهم وأكل ذبائحهم ونكاح نسائهم، لأنهم إذا جمعهم أصل المعتقد لم يكن خلافهم في فروعهِ مؤثراً، كما يختلف المسلمون مع بقائهم على أصول الدين في فروع لا توجب تباينهم ولا خروجهم عن المسألة.

والقسم الثاني: أن يخالفوا اليهود والنصارى في أصول معتقدهم وإن وافقوهم في فروعه، ويكذب السامرة بموسى والتوراة، ويكذب الصابئون بعيسى والإنجيل، فهؤلاء كعبدة الأوثان لا يقبل لهم جزية ولا تؤكل لهم ذبيحة ولا تنكح منهم امرأة، لأنهم لم يكونوا على حق فيراعى فيهم، ولا تمسكوا بكتاب فيحفظ عليهم حرمته، فيؤخذوا بالإسلام أو السيف: وحكي أن القاهر استفتى أبا سعيد الاصطخري فيهم، فأفتاه أن يقتلهم لأنهم يقولون: إن الفلك هو حي ناطق، وأن الكواكب السبعة مدبرة، فهمَّ بقتلهم، فبذلوا له مالاً فكفَّ عنهم.

والقسم الثالث: أن يشك فيهم فلا يعلم: هل وافقوا اليهود والنصارى في الأصول دون الفروع؟ أو في الفروع دون الأصول، فهؤلاء كمن شك في دخوله في اليهودية والنصرانية: هل كان قبل التبديل، أو بعده؟ فيقرون بالجزية حقناً لدمائهم، ولا تؤكل ذبائحهم، ولا تنكح نساؤهم.

فصل: وأما المجوس فقد اختلف الناس فيهم: هل هم أهل، كتاب أم لا؟ وعلق الشافعي القول فيهم، وقال في موضع: هم أهل كتاب، وقال في موضع آخر: ليسوا أهل كتاب.

فاختلف أصحابنا لاختلاف قول الشافعي رحمه الله، فكان بعضهم يخرجه على اختلاف قولين:

أحدهما: لا كتاب لهم لقول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا أُنزِلَ الْكِتَابُ عَلَى طَائِفَتَيْنِ مِنْ

قَبْلِنَا﴾(١) يعني: اليهود والنصارى، فدل على أنه لا كتاب لغيرهما. ولأن عمر لما أشكل عليه أمرهم سأل الصحابة عنهم، فروى له عبد الرحمن بن عوف، أن النبيّ ﷺ قال: سنُّوا بهم سنَّةَ أهلِ تقدّم الكتاب(٢)، فلما أمر بإجرائهم مجرى أهل الكتاب، دل على أنه ليس لهم كتاب فعلى هذا القول، يجوز قبول جزيتهم لهذا الحديث، وأنَّ عمر أخذ الجِزْيَةَ منهم بالعراق(٣). وقد روي أن النبي ﷺ أخذ الجزية من مجوس هجر(٤) فأما أكل ذبائحهم ونكاح نسائهم، فلا يجوز لعدم الكتاب فيهم.

والقول الثاني: أنهم أهل كتاب، لأن الله تعالى يقول في الذين أتوا الكتاب ﴿حَتَّى يُعْطُواْ الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ﴾(٥) وقد ثبت أخذ الجزية منهم. فدل على أنهم أهل كتاب.

وروي عن علي بن أبي طالب أنه قال: كانُوا أهلَ كتابٍ فبدَّلَ مِلكُهُم، وأراد أن ينكِحَ أختَهُ فسألَ بعضَ علمائهم أن يُجْعَلَ له في نِكاحِها شُبْهَة، فقال: هذا دينُ أبينا آدَمَ، فنحنُ أحقُّ أن نُحْيِيَ سنَّتَهُ، فنكحَ الملكُ أختَهُ، وأمسكُوا عن الإنكارِ عليه، إمَّا متابعةً لرأيه، وإمّا خوفاً من سطوته، فأصبحوا وقد أسرى بكتابهم(٦)، فعلى هذا القول، يجوز إقرارهم بالجزية، وهل يجوز أكل ذبائحهم ونكاح نسائهم أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يجوز لإجراء حكم الكتاب عليهم.

والوجه الثاني: لا يجوز، لأن طريق كتابهم الاجتهاد دون النص، فقصر حكمه عن حكم النص.

---

(١) سورة الأنعام، الآية: ١٥٦.

(٢) الأثر عن عمر: سبق تخريجه.

(٣) أخرج عبد الرزاق عن بجالة التيمي: أن عمر بن الخطاب لم يرد أن يأخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله ﷺ أخذها من مجوس هجر. وفي (١٠٠٢٦) عن الزهري: أخذها عمر من أهل السواد، وعثمان من البربر، و(١٠٠٢٧).

(٤) سبق تخريج الأثر. والشافعي في مسنده: ٢/ ١٣١، والبخاري (٣١٥٦) و(٣١٥٧).

(٥) سورة التوبة، الآية: ٣٠.

(٦) حديث علي: سبق في الجزية، وأخرجه الشافعي في مسنده: ٢/ ١٣١ وفيه قال علي: أنا أعلم الناس بالمجوس، كان لهم علم يعلمونه، وكتاب يدرسونه، وأن ملكهم سكر فوقع على ابنته أو أخته، فاطلع عليه بعض أهل مملكته فلما صحا جاءوا يقيمون عليه الحدّ.. وعبد الرزاق (١٠٠٢٩) والبيهقي: ٩/ ١٨٩.

وقال آخرون من أصحابنا: ما اختلف نص الشافعي رحمة الله عليه لاختلاف قوليه فيه، وإنما هو على اختلاف حالين كالموضع الذي قال: إنهم أهل كتاب، يعني: في قبول الجزية وحدها حقناً لدمائهم أن لا تستباح بالشك. والموضع الذي قال: إنهم غير أهل الكتاب، يعني: في أن لا تؤكل ذبائحهم ولا تنكح نساؤهم، وهذا قول سائر الصحابة والتابعين والفقهاء.

وخالف أبو ثور: فجوز أكل ذبائحهم، ونكاح نسائهم. وروى إبراهيم الحربي تحريم ذلك عن سبعة عشر صحابياً وقال: ما كنا نعرف خلافاً فيه حتى جاءنا خلافٌ من الكرخي، يعني خلاف أبي ثور، لأنه كان يسكن كرخ بغداد.

واستدل أبو ثور على أكل ذبائحهم وجواز مناكحهم بحديث عبد الرحمن بن عوف، أن النبي ﷺ قال: «سنُّوا بهم سنَّةَ أهلِ الكتاب»[1] قال: وقد تزوج حُذَيفة بن اليَمَان مجوسيَّةً بالعراق، فاستنزلَهُ عنها عمرُ وطلَّقَها[2]، فلو لم يجزْ لأنكر عمر عليه، ولفرَّقَ بينهما من غير طلاق. ولأن كل صنف جاز قبول جزيتهم، جاز أكل ذبائحهم ونكاح نسائهم كاليهود والنصارى.

قالوا: ولأن كتاب اليهود والنصارى نسخ، وكتاب المجوس رفع، ولا فرق بين حكم المنسوخ والمرفوع، فلما لم يمنع نسخ كتابي اليهود والنصارى من أكل ذبائحهم ونكاح نسائهم، لم يمنع رفع كتاب المجوس من ذلك.

وهذا خطأ، لأن إبراهيم الحربي، رواه عن سبعة عشر صحابياً لا يعرف لهم مخالف، فصار إجماعاً. ولأن من لم يتمسك بكتاب لم تحل ذبائحهم، ونساؤهم كعبدة الأوثان. وليس للمجوس كتاب يتمسكون به كما يتمسك اليهود والنصارى بالتوراة والإنجيل، فوجب أن يكون مخالفاً لحكمهم. ولأن نكاح المشركات محظور بعموم النص، فلم يجز أن يستباح بالاحتمال ولأن عمر مع الصحابة توافقوا في قبول جزيتهم

---

(١) سبق تخريجه. وتقدّمت المسألة في الذبائح.

(٢) الأثر: أخرجه عبد الرزاق (١٢٦٧٦) عن سعيد بن المسيب: أن عمر كتب إلى حذيفة بن اليمان وهو بالكوفة، ونكح امرأة من أهل الكتاب فكتب: أنْ فارقْها، فإنك بأرض المجوس، وإني أخشى أن يقول الجاهل كافرة قد تزوج صاحب رسول الله ﷺ ويجهل الرخصة التي كانت من الله، فيتزوّجوا نساء المجوس، ففارقها. وليس فيه أنه تزوج مجوسية، وإنما كان بأرض مجوس وأخرج البهقي: ٧/ ١٧٣ عن معبد الجهني قال: رأيت امرأة حذيفة مجوسية، فهذا غير ثابت والمحفوظ عن حذيفة أنه نكح يهودية.

للشك فيهم[١]، فكيف يجوز مع هذا الشك أن يستبيحوا ذبائحهم ونكاح نسائهم، وقد كتب عمر بن عبد العزيز إلى الحسن البصري: كيف أخذ الناس الجزية من المجوس وأقرُّوهم على عبادة النيران وهم كعبدة الأوثان؟ فكتب إليه الحسن: إنّما أخذُوا منهم الجزية لأن العلاء بن الحضرمي، وكان خليفة رسول الله ﷺ على البحرين، أخذها منهم وأقرهم[٢]. فدل على أنهم أفردوا من أهل الكتاب بأخذ الجزية وحدها، فلذلك خصصهما عمر بن عبد العزيز بالسؤال والإنكار.

فأما استدلالهم بقوله: «سنُّوا بهم سُنَّة أهل الكتاب»[٣] فيعني به: في أخذ الجزية لأمرين:

أحدهما: أنه روى ذلك عند الشك في قبول جزيتهم.

والثاني: أن الصحابة أثبتوا بهذا الحديث قبول جزيتهم، ولم يجوزوا به أكل ذبائحهم ونكاح نسائهم. وأما تزويج حذيفة بمجوسية، فالمروي: أنها كانت يهودية[٤]، ولو كانت مجوسية فقد استنزله عنها عمر فنزل، ولو كانت تحل له لما استنزله عنها عمر، ولما نزل عنها حذيفة.

وأما قياسه على اليهود والنصارى فالمعنى فيهم: تمسكهم بكتابهم، فثبت حرمته فيهم، وليس كذلك المجوس. وأما قوله: أن حكم المرفوع والمنسوخ سواء، فليس بصحيح، لأن المنسوخ باقي التلاوة فبقيت حرمته فيهم، وليس كذلك المجوس.

وأماالمرفوع مرفوع التلاوة، فارتفعت حرمته، هذا الكلام فيمن له شبهة كتاب من الصابئين، والسامرة، والمجوس. فأما من تمسك بصحف شيتٍ أو زَبُور داود، أو شيء من الصحف الأولى، أو من زُبر الأولين، فلا يجري عليه حكم أهل الكتاب، ويكونون كمن لا كتاب له، فلا تقبل لهم جزية، ولا تؤكل لهم ذبيحة، ولا تنكح فيهم امرأة لأمرين:

---

(١) سبق تخريج الأثر.

(٢) في حديث عمرو بن عوف الأنصاري عند البخاري (٣١٥٨): كان رسول الله ﷺ صالح أهل البحرين، وأمر عليهم العلاء بن الحضرمي، فقدم أبو عبيدة بمال من البحرين. . . وسبقت المسألة في الجزية.

(٣) الأثر عن عمر: سبق تخريجه.

(٤) سبق تخريجه.

أحدهما: أن هذه الكتب مواعظ ووصايا، وليس فيها أحكام وفروض، فخالفت التوراة والإنجيل.

والثاني: ليست كلام الله، وإنما هي وحي منه كما قال النبي ﷺ: «أتاني جبريلُ فأمرَني أنْ آمُرَ أصحابِي أو من تَبِعَني أن يرفَعُوا أصواتَهُم بالتلبية»[1] فكان ذلك وحياً من الله ولم يكن من كلامه، فخرج عن حكم القرآن الذي تكلم به، كذلك هذه الكتب والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (فإذا نكحَها فهي كالمسلمةِ فيما لها وعليها، إلا أنهما لا يتوارثَانِ والحدُّ في قذفها التَّعزيرُ)[2].

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا نكح المسلمُ كتابيةً، فيما لها وعليها من حقوق العقد كالمسلمة، لعموم قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[3] ولأنه عقد معاوضة، فاستوى فيه المسلم وأهل الذمة كالإجارات والبيوع. وإذا كان كذلك، فالذي لها عليه من الحقوق: المهر، والنفقة، والكسوة، والسكنى، والقسم.

والذي له عليها من الحقوق: تمكينه من الاستمتاع، وأن لا تخرج من منزله إلا بإذنه، وهذه هي حقوق الزوجية بين المسلمين، وكذلك بين المسلم والذمية.

فأما أحكام العقد فهي: الطلاق، والظهار، والإيلاء، واللعان، والتوارث، وكل هذه الأحكام في العقد على الذمية كهي في العقد على المسلمة إلا في شيئين:

أحدهما: أنهما لايتوارثان لقوله ﷺ: «لا يرِثُ المسلِمُ الكافِرَ ولا الكافِرُ المُسْلِم»[4].

والثاني: أن الحد في قذفها التعزيرُ، لأن الإسلام شرطٌ في حصانة القذف، لرواية نافع عن ابن عمر أن النبيّ ﷺ قال: «مَنْ أشرَكَ باللَّهِ فليسَ بمحصَنٍ»[5].

---

(١) حديث خلّاد بن السّائب، عن أبيه: أخرجه الترمذي في الحج (٨٢٩) وقال: حديث حسن صحيح، والنسائي: ٥/ ١٦٢، والدارمي: ٢/ ٣٤، وابن ماجة (٢٩٢٢) وأبو داود (١٨١٤) وأحمد: ٤/ ٥٥ و٥٦ والحميدي (٨٥٣) والدارقطني: ٢/ ٢٣٨ وابن الجارود (٤٣٣) والبيهقي: ٥/ ٤٢ وابن خزيمة (٢٦٢٥) و(٢٦٢٧).

(٢) مختصر المزني، ص: ١٦٩.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٢٨.

(٤) سبق تخريجه في الفرائض والوصايا من حديث أسامة بن زيد.

(٥) حديث ابن عمر: أخرجه الدارقطني: ٣/ ١٤٧ من طريق سفيان، عن موسى بن عقبة عن نافع، عن ابن =

فإن أراد أن يلاعن ليسقط به هذا التعزير جاز، لأن التعزير ضربان: تعزير أذى لا يجب، وتعزير قذف يجب.

فتعزير الأذى في قذف من لا يصح منها الزنى كالصغيرة والمجنونة، فلا يجب، ولا يجوز فيه اللعان.

وتعزير القذف يكون في قذف من يصح منها الزنى ولم تكمل حصانتها كالأمة والكافرة، فيجب ولا يجوز فيه اللعان. فأما ما سوى هذين الحكمين من الطلاق، والظهار، والإيلاء والرجعة، فهي في جميعه كالمسلمة.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ويجبرُها على الغُسْلِ من الحَيْضِ والجَنَابة)[1].

قال الماوردي: أما إجبار الذمية على الغسل من الحيض، فهو من حقوق الزوج، لأن الله تعالى حرم وطء الحائض حتى تغتسل بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾[2] فكان للزوج إذا منعه الحيض من وطئها أن يجبرها عليه ليصل إلى حقه منه.

فإن قيل: الغسل لا يصح عندكم إلا بنية، ولا فرق عندكم بين من لم ينو أو من لم يغتسل، ومع الكفر والإجبار لا يصح منها نية. قيل: في غسلها من الحيض حقان:

أحدهما: لله تعالى لا يصح إلا بنية.

والآخر: للزوج، يصح بغير نية. فكان له إجبارها في حق نفسه، لا في حق الله تعالى، فلذلك أجزىء بغير نية.

ألا ترى أنه يجبر زوجته المجنونة على الغسل في حق نفسه، وإن لم يكن عليها في حق الله تعالى غسل؟ وغير ذات الزوج تغتسل في حق الله تعالى، وإن لم يكن للزوج عليها حق، وكذلك تجبر الذمية على الغسل من النفاس لأنه يمنع من الوطء كالحيض، فأما إجبار الذمية على الغسل من الجنابة ففيه قولان:

= عمر موقوفاً. ومن طريق عبيد الله، عن نافع، عن ابن عمر مرفوعاً. وقال الدارقطني: ولم يرفعه غير إسحاق، ويقال: انه رجع عنه، والصواب موقوف وأخرجه البيهقي: ٢١٦/٨.

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٩.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢٢.

أحدهما: لا يجبرها عليه، بخلاف الحيض، لأنه قد يستبيح وطء الجنب ولا يستبيح وطء الحائض، فافترقا.

والقول الثاني: أنه يجبرها عليه وإن جاز وطئها مع بقائه، لأن نفس المسلم قد تعاف وطء من لا تغتسل من جنابة، فكان له إجبارها عليه ليستكمل به الاستمتاع، وإن كان الاستمتاع ممكناً.

فأما الوضوء من الحدث فليس له إجبارها عليه قولاً واحداً لكثرته، وإن النفوس لا تعافه، وإنه ليس يصل إلى وطئها إلا بعد الحدث، فلم يكن لإجبارها عليه تأثير.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (والتَّنظيفُ بالاستحدَادِ وأخذِ الأظْفَار)[1].

قال الماوردي: وأصل ما يؤثر في الاستمتاع بالزوجة ضربان:

أحدهما: ما منع من أصل الاستمتاع.

والثاني: ما منع من كمال الاستمتاع.

فأما المانع من أصل الاستمتاع، فهو ما لا يمكن معه الاستمتاع كالغسل من الحيض والنفاس، فللزوج إجبار زوجته الذمية عليه.

وأما المانع من كمال الاستمتاع، فهو ما تعافه النفوس مع القدرة على الاستمتاع كالغسل من الجنابة، ففي إجبارها عليه قولان.

وإذا استقر هذا الأصل، فقد قال الشافعي: والتنظيف بالاستحدادِ. وهو أخذُ شعر العَانَةِ مأخوذٌ من الحديدة التي يحلقُ بها، فإن كان شعرُ العانَةِ قد طال وفحشَ وخرجَ عن العادة حتى لم يمكن معه الاستمتاعُ، أجبرَ زوجته على أخذه، سواء كانت مسلمة أو ذمية. وإن لم يفحش وأمكن معه الاستمتاع، ولكن تعافه النفس، ففي إجبارها على أخذه قولان، وإن لم تعافه النفس لم يجبرها على أخذه قولاً واحداً.

قال أحمد بن حنبل: والسنة أن يستحد الأعزب كل أربعين يوماً، والمتأهل كل عشرين يوماً. فإن قاله نقلاً مأثوراً، عمل به. وإن قاله اجتهاداً، فليس لهذا التقدير في

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٩.

الاجتهاد أصل، مع اختلاف الخلق في سرعة نبات الشعر في قوم وإبطائه في آخرين، واعتباره بالعرف أولى.

وأما الأظفار إذا لم تطل إلى أن تعافها النفوس، لم يجبرها على أخذها. وإن عافت النفوس طولها، ففي إجبارها على أخذها قولان.

وهكذا غسل رأسها إذا سهك، أو قمل، وغسل جسدها إذا راح وأنتن، في إجبارها عليه قولان، لأن النفوس تعافه.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: **(ويمنعُها من الكنيسةِ والخروجِ إلى الأعياد، كما يمنعُ المسلمةَ من إتيانِ المساجد)**[١].

قال الماوردي: للزوج أن يمنع اليهودية من الكنيسة، والنصرانية من البيعة، والمسلمة من المسجد، وإن كانت بيوتاً تقصد للعبادة التي لا يجوز أن تمنع من واجباتها، لأنها قد تصح في منازل أهلها.

وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: **«لا تحلُّ المرأةُ بيتاً ولا تخرجُ من بيت زوجها وهو كارِه[٢]، لأنها قد تفوت عليه الاستمتاع في زمان الخروج، فكان له منعها لاستيفاء حقه من الاستمتاع بها»**.

فإن قيل: فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: **«لا تمنعنَّ إماءَ اللَّهِ مساجِدَ الله وليخرُجَنَّ تفلاتٍ»**[٣] فعنه جوابان:

أحدهما: أنه لا يمنعها منع تحريم، خوفاً من أن يظن أن منعهن من إتيان المساجد واجب.

والثاني: أن الرواية «لا تمنعوا إماء الله مسجد الله» يريدُ به المسجد الحرام في حجة

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٩.

(٢) حديث معاذ بن جبل، تقدّم في الصلاة، وهو عند الحاكم: ٢/ ١٨٩ ـ ١٩٠.

(٣) حديث زيد بن خالد: أخرجه ابن حبان في الصلاة (٢٢١١) وأحمد: ٥/ ١٩٢ و١٩٣. وتفلات: أي تاركات للطيب.

وأخرجه ابن حبان من حديث أبي هريرة (٢٢١٤)، وأحمد. ٢/ ٤٣٨ و٤٧٥ والبغوي (٧٦٠)، والشافعي في مسنده: ١/ ١٢٧، وأبو داود (٥٦٥)، والدارمي: ١/ ٢٩٣ والبيهقي: ٣/ ١٣٤، وابن خزيمة: (١٦٧٩).

الإسلام. ثم هكذا يمنعها من الخروج إلى الأعياد، ثم إذا كان له منعها من الخروج إلى هذه العبادات كان بأن يمنعها من الخروج لغير عبادة أولى.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ويمنعُها من شرْبِ الخَمْرِ وأكْلِ الخنزيرِ إذا كان يتقذّرُ به، ومن أكل ما يحلّ إذا كان يتأذّى بريْحِهِ)[1].

قال الماوردي: فأما الذمية، فللزوج أن يمنعها أن تشرب من الخمر والنبيذ ما يسكر لأمرين:

أحدهما: أنه ربما خاف على نفسه من سكرها.

والثاني: أنه ربما منعته في السكر من الاستمتاع بها، فصار بكل واحد من الأمرين غير ممكن من الاستمتاع، فلذلك جاز أن يمنعها منه قولاً واحداً.

فأما إن أرادت أن تشرب من الخمر والنبيذ ما لا يسكر، فقد اختلف أصحابنا فيه على ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أن له منعها من يسيره الذي لا يسكر، كما يمنعها من كثيره الذي يسكر، لأن حد المسكر منه غير معلوم، وربما أسكرها اليسير ولم يسكرها الكثير، ولأن السكر يختلف باختلاف الأمزجة فالمحرور يسكره القليل والمرطوب لا يسكره إلا الكثير.

وإذا برد الهواء واشتد أسر القليل، وإذا حمى الهواء لم يسكر إلا الكثير، فلم يجز مع اختلافه أن يفترق حال قليله وكثيره.

والثاني: وهو قول أبي حامد الاسفراييني، أن لما لا يسكر إمارة تدل على أن الزيادة بعدها مسكرة، وهذا القدر لا يمنع من الاستمتاع، ولكن ربما عافته نفوس المسلمين، لا سيما من قوى دينه وكثر تحرجه فيصير مانعاً له من كمال الاستمتاع، فيخرج جواز منعها منه على قولين.

والثالث: ليس له منعها نم شرب القليل الذي يرون شربه في أعيادهم، وله أن يمنعها من الزيادة عليه سواء أسكر أو لم يسكر، مراعياً فيه العادة، ولم يراع فيه السكر، وهذا الوجه أشبه.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٩.

فأما المسلمة فللزوج منعها من شرب الخمر قليله وكثيره، وكذلك من سائر المحرمات، فأما النبيذ، فإن كان الزوجان شافعيان يعتقدان تحريم النبيذ كالخمر فله منعها من قليله وكثيره، وإن كانا حنفيين يعتقدان إباحة النبيذ، كان كالخمر في حق الذمية، فلهُ منعها أن تشرب منه قدر ما يسكرها.

وهل يمنعها من قليله الذي لا يسكرها؟ فعلى قول أبي علي بن أبي هريرة: يمنعها منه قولاً واحداً، وعلى قول أبي حامد: يكون على قولين.

فصل: فأما الخنزير فله منع المسلمة من أكله بلا خلاف. فأما الذمية، فإن كانت يهودية ترى تحريم أكله ثم أكلته منعها منه، كما يمنع منه المسلمة.

وإن كانت نصرانية ترى إباحة أكله.

فقد اختلف أصحابنا فالذي عليه أكثرهم: أن له منعها منه قولاً واحداً، لأن نفور نفس المسلم منه أكثر من نفورها من الخمر، فصار مانعاً من الاستمتاع. ولأن حكم نجاسته أغلظ، فهي لا تكاد تطهر منه وتتعدى النجاسة منها إليه، وكان أبو حامد الاسفراييني يقول: هذا يمنع من كمال الاستمتاع مع إمكانه. ويخرج منعها منه على قولين.

فإن أكلته منه كان له إجبارها على غسل فمها ويدها منه لئلا تتعدى نجاسته إليه إذا قبّل أو باشر، وفي قدر ما يجبرها عليه من غسله وجهان:

أحدهما: سبع مرات، إحداهن بتراب مثل ولوغه.

والوجه الثاني: يجبرها على غسله مرة واحدة بغير تراب، لأنه يجبرها على غسله في حق نفسه لا في حق الله تعالى، فأجزىء فيه المرة الواحدة كما تجزىء في غسل الحيض بغير نية.

فصل: فأما أكل ما يتأذى بريحه من الثوم والبصل وما أنتن من البقول والمأكل، فالمسلمة والذمية فيه سواء. وينظر: فإن كان لدواء اضطرت إليه لم يمنعها منه، وإن كان لشهوة وغذاء فهذا يمنع من كمال الاستمتاع مع إمكانه، فهل يمنعها منه أم لا؟ على قولين.

فصل: فأما البخور بما يؤذي، فإن كان لدواء لم تمنع، وإن كان لغير دواء فعلى قولين. ولا فرق فيما منعه من هذا كله: بين أن يكون في زمان الطهر، أو في زمان الحيض. لأن زمان الحيض وإن حرم فيه وطئها فإنه يحل فيه الاستمتاع بما سواه من القبلة

والمباشرة، فصار المانع منه في حكم المانع من الوطء والله أعلم.

فصل: فأما الثياب فله أن يمنعها من لبس ما كان نجساً، لأنه قد ينجسها ويتنجس بها، وهو أدوم من نجاسة الخنزير، والتحرر منه أشق، فلذلك منعت منه قولاً واحداً.

وهل تمنع من لبس ما كان منتن الرائحة بصبغٍ أو بخورٍ أو سهوكة طعامٍ أم لا؟ على قولين.

فأما لبس الحرير والديباج واستعمال الطيب والبخور، فلا يمنع منه لأنه أدعى إلى الشهوة وأكمل للاستمتاع. وهكذا ليس له أن يمنعها من الخضاب والزينة، ولا على أن يجبرها على دواء في مرض أو سمنة في صحة.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وإن ارتدَّتِ إلى مجوسيَّةٍ أو غير دينِ أهلِ الكتابِ، فإن رجعتْ إلى الإسلام أو إلى دينِ أهلِ الكتاب قبلَ انقضاءِ العدَّةِ، فهما على النِّكاحِ. وإن انقضَتْ قبلَ أن ترجعَ، فقد انقطعَتِ العصَمةُ بينهما، ولا نفقةَ لها، لأنها مانِعةٌ له منَ نفسها بالردَّةِ، وإن ارتدَّتْ من نصرانية إلى يهوديةٍ، أو من يهوديةٍ إلى نصرانية، لم تحرمْ لأنه يصلحُ أن يبتدِىءَ نكاحُها)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في مسلم تزوج ذمية فانتقلت من دينها إلى غيره، فهذا على أربعة أقسام:

أحدها: أن تنتقل عنه إلى الإسلام، فقد زادته خيراً، والنكاح بحاله، وما زاده الإسلام إلا صحة، وسواء قبل الدخول بها أو بعده.

والقسم الثاني: أن تنتقل عن دينها إلى دين لا يقر أهله عليه كأنها كانت نصرانية فتزندقت، أو توثنت، فلا يجوز أن يقر عليه من كان مقدم الدخول فيه، فأولى أن لا يقر عليه من تأخر دخوله فيه. وإذا كان كذا، نظر في ردتها: فإن كانت قبل دخوله بها بطل نكاحهما، كما يبطل نكاح المسلمة إذا ارتدت قبل الدخول.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٦٩، ناقص من قوله: «ولا نفقة لها.. إلى قوله: لم تحرم» وفي الأم باب نكاح حرائر أهل الكتاب: ٨/٥، وإذا نكح المسلم الكتابية فارتدت إلى المجوسية أو دين غير دين أهل الكتاب، فإن رجعت إلى الإسلام أو إلى دين أهل الكتاب قبل انقضاء العدة، فهما على النكاح، وإن لم ترجع حتى تنقضي العدة فقد انقطعت العصمة بينهما وبين الزوج، ولا نفقة لها في العدة، لأنها مانعة له نفسها بالرّدة. وقال: ولو ارتدت من يهودية إلى نصرانية، أو نصرانية إلى يهودية لم تحرم عليه لأنه كان يصلح له أن يبتدىء نكاحها لو كانت من أهل الدين الذي خرجت إليه.

وإن كانت ردتها عن دينها بعد الدخول بها، كان النكاح موقوفاً على انقضاء العدة. فإن رجعت قبل انقضائها إلى الدين الذي تؤمر به ويجوز نكاح أهله، كانا على النكاح. وإن لم ترجع حتى انقضت العدة بطل النكاح، وفي الدين الذي تؤمر بالرجوع إليه ثلاثة أقوال:

أحدها: الإسلام لا غير، لأنها كانت مقرة على دينها لإقرارها بصحته، وقد صارت بانتقالها عنه مقرة ببطلانه، فلم يقبل منها إلا دين الحق وهو الإسلام.

والقول الثاني: أنها تؤخذ بالرجوع إلى الإسلام، أو إلى دينها الذي كانت عليه، ولا يقبل منها الرجوع إلى غيره من الأديان وإن أقر عليه، لأنه الدين الذي تناوله عقد ذمتها، فكان أخص أديان الكفر بها، وليس لإقرارها بصحته تأثير، فلذلك جاز أن تقر عليه بعد رجوعها إليه.

والقول الثالث: إنها تؤخذ برجوعها إلى الإسلام، فإن أبت فإلى دينها الذي كانت عليه، أو إلى دين يقر أهله عليه، فيستوي حكم دينها وغيره من الأديان التي يقر أهلها عليها في رجوعها إلى ما شاءت منها، لأن الكفر كله عندنا ملة واحدة وإن تنوع.

فإذا تقرر توجه هذه الأقاويل فلها حالتان:

أحدهما: أن ترجع إلى الدين الذي أمرت بالرجوع إليه.

والحال الثانية: أن لا ترجع إليه.

فإن لم ترجع إليه وأقامت على دينها فنكاحها قد بطل، ولا مهر لها إن كان قبل الدخول، ولها المهر إن كان بعده، وما الذي يوجبه حكم هذه الردة فيه قولان:

أحدهما: القتل كالمسلمة إذا ارتدت.

والقول الثاني: أن تبلغ مأمنها من دار الحرب ثم تصير حرباً.

وإن رجعت إلى الدين الذي أمرت به فهي على حقن دمها، وفي أمان ذمتها، ثم ينظر في الدين الذي رجعت إليه: فإن كان ديناً يجوز نكاح أهله كالإسلام، أو اليهودية أو النصرانية، فالنكاح معتبر بما قدمناه، وإن لم يكن قد دخل بها فقد بطل، وإن كان قد دخل بها: فإن كان الرجوع إلى الدين المأمورة به بعد انقضاء العدة، فقد بطل أيضاً. وإن كان قبل انقضاء العدة، فهما على النكاح.

وإن كانت قد رجعت إلى دين يقر أهله عليه، ولا يجوز نكاح أهله كالمجوسية والصابئة والسامرة، فالنكاح باطل، وإن كانت مقرة على هذا الدين ما لم تنتقل عنه قبل انقضاء العدة إلى دين يجوز نكاح أهله، فتكون ممن قد ارتفع عنها حكم الردة، ولم يرتفع عنها وقوف النكاح.

فصل: والقسم الثالث: أن ترتد عن دينها الذي كانت عليه إلى دين يقر أهله عليه ولا يجوز نكاحهم، كأن ارتدت من يهودية إلى مجوسية، ففي إقرارها عليه قولان:

أحدهما: تقر عليه، لأن الكفر كله ملة واحدة.

والقول الثاني: لا تقر عليه، ومما تؤمر بالرجوع إليه قولان:

أحدهما: الإسلام لا غير.

والثاني: الإسلام، فإن أبت فإلى دينها الذي كانت عليه.

فأما النكاح، فإن كانت ردتها قبل الدخول بطل، وإن كانت بعده فسواء أقرت عليه أو لم تقر هو موقوف على انقضاء العدة، لأنه لما لم يجز أن يستأنف نكاح من لم تزل مجوسية، لم يجز استدامة نكاح من أقرت على الانتقال إلى المجوسية. وإن كان كذلك، روعي حالها: فإن انتقلت قبل انقضاء عدتها إلى دين يحل أهله صحَّ، وإلا بطل.

فصل: والقسم الرابع: أن ترتد عن دينها الذي كانت عليه إلى دين يجوز نكاح أهله، كأن كانت يهودية فتنصرت، أو نصرانية فتهودت، ففي إقرارها على الدين الذي انتقلت إليه قولان.

أحدهما: تقر، فعلى هذا يكون النكاح بحاله سواء كان قبل الدخول أو بعده.

والقول الثاني: لا تقر عليه، وفيما تؤمر بالرجوع إليه قولان:

أحدهما: الإسلام لا غير.

والثاني: الإسلام، فإن أبت فإلى دينها الذي كانت عليه.

فعلى هذا إن لم يكن قد دخل بها فالنكاح قد بطل، وإن كان قد دخل بها فهو موقوف على انقضاء العدة، فإن رجعت عنه إلى ما أمرت به قبل انقضائها صح النكاح، وإلا بطل. والله أعلم.

باب الاستطاعة للحرائر وغير الاستطاعة(١)

قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ الآية وفي ذلك دليلٌ أنه أرادَ الأحرارَ، لأنّ الملكَ لهم، فلا تحلُّ من الإمَاءِ إلا مسلمَةٌ، ولا تحلُّ حتى يجتمعَ الشَّرطَانِ: أن لا يجدَ طولاً لحرّةٍ، ويخافَ العَنَتَ إنْ لم ينكحْها، والعنَتُ: الزِّنى إلى آخر الفصل)(٢).

قال الماوردي: قد مضى الكلام في نكاح الحرائر من المسلمات والكتابيات إذا نكحهن الأحرار والعبيد. فأما نكاح الإماء فله حالان:

أحدهما: مع العبد.

والثاني: مع الحر.

فأما العبد، فله أن ينكحهن كما ينكح الحرائر من غير شرط زائد، والكلام فيه يأتي مع ذكر ما فيه من خلاف. وأما الحر فحكمه في نكاح الأمة مخالف لحكمه في نكاح الحرة، فلا يجوز له أن ينكحها إلا بثلاثة شرائط تعتبر فيه، وشرط رابع يعتبر في الأمة. فأما الشرط المعتبر في الأمة فالإسلام، ويأتي الكلام فيه. وأما الثلاث شرائط المعتبرة في الحر.

فأحدها: أن لا يكون تحته حرة.

والثاني: أن لا يجد طولاً لحرة، وهو صداق حرة.

والثالث: أن يخاف العنت إن لم ينكح أمة.

والعنت: الزنى، فإذا استكمل هذه الشروط الثلاثة حل له نكاح الأمة، وإن أخل

---

(١) أثبتنا العنوان من مختصر المزني، وهو ساقط من الحاوي. راجع: مختصر المزني: ص ١٧٠.

(٢) مختصر المزني: ص ١٧٠. وتتمة الفصل: واحتجّ بأنّ جابر بن عبد الله قال: من وجد صداق امرأة فلا يتزوج أمة. قال طاوس: لا يحلّ نكاح الحرّ الأمة، وهو يجد صداق الحرّة. وقال عمرو بن دينار: لا يحلّ نكاح الإماء اليوم، لأنه يجد طولاً إلى الحرّة.

بشرط منها لم يحل له نكاحها. وقال أبو حنيفة: يعتبر في نكاح الأمة شرط واحد وهو: أن لا يكون تحته حرة، ولا يعتبر عدم الطول وخوف العنت. وقال مالك: يعتبر فيه عدم الطول وخوف العنت، ولا يعتبر فيه أن لا يكون تحته حرة. وقال سفيان الثوري: يعتبر فيه خوف العنت وحده. وقال آخرون: لا يعتبر فيه شيء من هذه الشروط، ويكون نكاحها كنكاح الحرة.

فأما أبو حنيفة فاستدل على أن عدم الطول وخوف العنت غير معتبرين بعموم قوله تعالى: ﴿فَانْكِحُواْ مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾[١]. فكان على عمومه في نكاح ما طاب له من الحرائر والإماء، ثم قال في آخر الآية: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوْا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾[٢] يعني: فنكاح واحدة من الحرائر، أو نكاح واحدة مما ملكت أيمانكم، فكان هذا نصاً. فصار أول الآية دليلاً من طريق العموم، وآخرها دليلاً من طريق النص. واستدل أيضاً بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ وَلأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ﴾[٣]، وقد ثبت أن له أن يتزوج الكتابية الحرة من غير شرط، فالأمة المؤمنة التي هي خير منها أولى أن يجوز نكاحها.

ومن القياس: أنه ليس تحته حرة فجاز له نكاح الأمة، كالعادم للطول والخائف للعنت. ولأن كل من حلَّ له نكاح الأمة إذا خشي العنت، حل له نكاحها وإن أمن العنت كالعبد. ولأن كل من حل له نكاحها إذا لم يجد طولاً، حل له نكاحها وإن وجد طولاً كالحرة. ولأن كل نقص لم يمنع من النكاح إذا لم يقدر على سليم منه، لم يمنع من النكاح وإن قدر على سليم منه؛ قياساً على نكاح الكافرة مع القدرة على مسلمة: ولأن وجود نكاح الأخت يمنع من نكاح أختها، ووجود مهرها لا يمنع، كذلك وجود الحرة يمنع من نكاح الأمة، ووجود مهرها لا يمنع.

ودليلنا: قول الله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمْ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ إلى قوله: ﴿ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ وَأَنْ تَصْبِرُواْ خَيْرٌ لَكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[٤]. فأباح نكاح الأمة بشرطين:

أحدهما: عدم الطول.

---

(١) سورة النساء، الآية: ٣.

(٢) سورة النساء، الآية: ٣.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٢١.

(٤) سورة النساء، الآية: ٢٥.

والثاني: خوف العنت.

فأما الطول فهو المال، والقدرة مأخوذ من الطول، لأنه ينال به معالي الأمور كما ينال الطويل معالي الأشياء.

وأما العنت ففيه تأويلان:

أحدهما: أنه الزنى.

والثاني: أنه الحد الذي يصبه من الزنى.

فلما جعل الإباحة مقيدة بهذين الشرطين، لم يصح نكاحها إلا بهما.

فإن قالوا: هذا احتجاج بدليل الخطاب، وهو عندنا غير حجة، فعنه جوابان:

أحدهما: أن دليل الخطاب عندنا حجة، فجاز أن تبين دلائلنا على أصولنا.

والجواب الثاني: أنه شرط علق به الحكم، لأن لفظة «مَنْ» موضوعة للشرط، ويكون تقديره: مَنْ لم يجد طولاً وخاف العنتَ نكحَ الأمةَ. والحكم إذا علق بشرطين انتفى بعدم ذلك الشرطين، وتعذر أحدهما. فإن قالوا: فقوله: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾[1] محمول على الوطء، لأن حقيقة النكاح هو الوطء، ويكون تقديره: ومَنْ لم يستطعْ منكم طولاً وطيءَ حرةٍ، ولعدمها تحته، حلّ له نكاح أمة، وكذا نقول فعن هذا ثلاثة أجوبة:

أحدها: أن النكاح عندنا حقيقة في العقد دون الـوطء فكذلك ها هنا.

والجواب الثاني: أن الطول بالمال معتبر في العقد دون الوطء، فكان حمل النكاح على العقد الذي يعتبر فيه الطول أولى من حمله على الوطوء الذي لا يعتبر فيه الطول.

والجواب الثالث: أن حمله على الوطء يسقط اشتراط العنت، وحمله على العقد لا يسقط، فكان حمله على العقد الذي يجمع فيه بين شرطيه أولى من حمله على الوطء الذي يسقط أحد شرطيه. فإن قالوا: فيحمل قوله: ﴿فَمِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾[1] على وطئها بملك اليمين إلا بعقد النكاح.

فالجواب عن هذا: أن في سياق الآية ما يدل على بطلان هذا التأويل من ثلاثة أوجه:

---

(١) سورة النساء، الآية: ٢٥.

(١) سورة النساء، الآية: ٢٥.

أحدها: قوله: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا﴾[(١)] وليس عدم الطول شرطاً في وطء الأمة بملك اليمين.

والثاني: قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾[(٢)] وليس يراعي في وطئه بملك يمينه إذن أحد.

والثالث: قوله: ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنكُمْ﴾[(٣)] وليس خوف العنت شرطاً في وطئها بملك اليمين، فبطل هذا التأويل، وصح الاستدلال بالآية.

ومن طريق الإجماع أنه مروي عن: ابن عباس، وجابر.

أما ابن عباس فروى عنه البراءُ وطاوس أنه قال: «مَنْ ملكَ ثلاثمائة درهم وجبَ عليه الحجُّ، وحرَمَ عليها الاماءُ»[(٤)] وأما جابر، فروى عنه أبو الزبير أنه قال: «مَنْ وجدَ صدَاقَ حرَّةٍ فلا ينكِحُ أمةً»[(٥)] وليس يعرف لقول هذين الصحابيين مع انتشاره في الصحابة مخالف، فكان إجماعاً لا يجوز خلافه.

ومن طريق القياس: أنه مستغن عن نكاح أمة، فلم يجز له نكاحاً قياساً على من تحته حرة. وإن شئت أن تقول: مستغن عن استرقاق ولده قياساً على هذا الأصل. أو تقول: حرٌّ أمِنَ العنتَ، قادِرٌ على وطء حرَّةٍ، قياساً على هذا الأصل. أو تقول: حر أمن العنت قياساً على هذا الأصل، فتعلله بما شئت من هذه الأوصاف الأربعة، والوصف الأخير أشدها.

ولأن من قدر على قيمة المبدل الكامل كان كمن قدر عليه في تحريم الانتقال إلى المبدل الناقص، كالانتقال في الطهارة من الماء إلى التراب، وفي الكفارة من الرقبة إلى الصيام. ولأنه لو جمع في العقد الواحد بين حرة وأمة، بطل نكاح الأمة، فكذلك إذا أفردها بالعقد مع قدرته على الحرة.

وتحريره: أن كل امرأتين لو جمع بينهما في العقد، بطل نكاح أحدهما، وجب إذا

---

(١) سورة النساء، الآية: ٢٥.

(٢) سورة النساء، الآية: ٢٥.

(٣) سورة النساء، الآية: ٢٥.

(٤) الأثر عن ابن عباس: أخرجه عبد الرزاق (١٣٠٨٥)، من طريق عمران بن حدير، عن النزّال، عن ابن عباس.

(٥) أخرجه البيهقي: ٧/ ١٧٥، وعبد الرزاق (١٣٠٨٢).

أفردت بالعقد أن يبطل نكاحهما، كالأخت مع الأجنبية، وكالمعتدة مع الخلية ولأن من تحته حرة هو ممنوع عن نكاح الأمة، وليس يخلو حال منعه من أربعة أقسام:

ـ إما أن يكون لأنه تحته حرة.

ـ وإما أن يكون لأنه جامع بين حرة وأمة.

ـ وإما أن يكون لأنه قادر على نكاح حرة.

ـ وإما أن يكون لأنه قد أمن العنت، فبطل أن يكون المنع لأنه تحته حرة، لأنه لو عقد على حرة وأمة بطل نكاح الأمة.

وإن لم يكن تحته حرة وبطل أن يكون المنع، لأنه جامع بين حرة وأمة. ولأنه لو نكح أمة جاز أن ينكح بعدها حرة، فيصير جامعاً بين أمة وحرة. وإذا بطل هذان القسمان، صار عليه المنع والقسمان الآخران وهو: القدرة على نكاح حرة، وأنه أمن العنت فصار وجود هذين علة في التحريم، وعدمها علة في التحليل.

فأما الجواب عن استدلالهم بقوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾[1] فهو أن استدلالهم فيها بالعموم متروك بما ذكرناه من النص في التخصيص، واستدلالهم بالنص باطل لأنه قال: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾[2] فكان تخييراً بين العقد على حرة، وبين وطء الإماء بملك اليمين، ولم يكن تخييراً بين العقد على أمة؛ لأن الله تعالى لم يشترط في ملك اليمين، فوجب أن يكون محمولاً على ما شرط فيه العدد من التسري بهن دون ما يشترط فيه العدد من عقد النكاح عليهن.

وأما استدلالهم بقوله تعالى: ﴿وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ﴾[3] فالمراد بالمشركة ها هنا: الوثنية دون الكتابية، لأن الله تعالى قد فصل بينهما، وإن جاز أن يعمها اسم الشرط فقال: ﴿لَمْ يَكُنِ الَّذِيْنَ كَفَرُوْا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِيْنَ مُنْفَكِّيْنَ حَتَّى تَأْتِيَهُمُ الْبَيِّنَةُ﴾[4]، وقال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِيْنَ كَفَرُواْ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِيْنَ فِيْ نَارِ جَهَنَّمَ﴾[5]، وإذا كان المراد بها الوثنية، فنكاح الأمة المؤمنة خير من نكاحها، لأنها قد تحل إذا وجد شرط الإباحة، والوثنية لا تحل بحال.

(١) سورة النساء، الآية: ٣.
(٢) سورة النساء، الآية: ٣.
(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٢١.
(٤) سورة البيّنة، الآية: ٤.
(٥) سورة البيّنة، الآية: ٦.

وأما قياسهم على العادم الطول والخائف العنت بعلة أنه ليس تحته حرة، فمنتقض بمن تحته أربع إماء لا يجوز له عنده أن ينكح أمة، وإن لم يكن تحته حرة. ثم المعنى في الأصل: أن العادم للطول عاجز عن الحرة، والواجد قادر، فلا يجوز أن يقال القادر على البذل على العاجز عنه كالواجد لثمن الرقبة في الكفارة لا يجوز أن يقاس على العادم لثمنها.

وأما قياسهم على العبد، المعنى فيه: أن لا عار على العبد في استرقاق ولده، فجاز أن لا يعتبر فيه خوف العنت، وعلى الحر عار في استرقاق ولده فاعتبرت ضرورته لخوف العنت.

وأما قياسهم على نكاح الحرة فالمعنى في الحرة: إنه لما جاز نكاحها على حرة، جاز نكاحها مع وجود الطول. ولما لم يجز نكاح الأمة على حرة، لم يجز نكاحها مع وجود الطول وكذلك الجواب عن قياسهم على نكاح الكتابية والكافرة: أنه يجوز نكاحها وإن كانت تحته مسلمة، ولا يجوز نكاح الأمة إذا كان تحته حرة.

وأما استدلالهم بأن القدرة على مهر الأخت لا يمنع من نكاح أختها، فكذلك القدرة على مهر الحرة لا يمنع من نكاح الأمة، فخطأ. لأن المحرم في الأختين هو بينهما في العقد، وهذا الجمع غير موجود في القدرة على المهر. كما لا يمنع القدرة على مهور أربع من العقد على خامسة، ويمنع وجود الأربع تحته أن يعقد على خامسة، وليس كذلك الأمة، لأنها حرمت للقدرة على حرة، لأنه يحرم الجمع بينهما وبين حرة. ألا ترى أنه لو نكح حرة بعد أمة جاز وقد جمع بين حرة وأمة؟ وإذا كان تحريمها للقدرة على حرة، كان بوجود مهر الحرة قادر على حرة، فافترقا.

فصل: وأما مالك فاستدل على أنه يجوز أن ينكح أمة وإنْ كان تحته حرة، بأنه ربما لم تقنعه الحرة لشدة شهوته وقوة شبقة، فخاف العنت مع وجودها. وقد يمضي للحرة زمان حيض يمنع فيه من إصابتها، فدعته الضرورة مع وجود حرة تحته إذا عدم طول حرة أخرى أن ينكح أمة، ليأمن بها العنت كما يأمنه إذا كان تحته حرة.

وهذا خطأ لقول الله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾[1] فلما كان طول الحرة يمنعه من نكاح الأمة، كان وجود

---

(١) سورة النساء، الآية: ٢٥.

الحرة أولى أن يمنعه من نكاح الأمة، لأن القدرة على الشيء أقوى حكماً من القدرة على بذله. وروي عن النبيّ ﷺ أنه قال: «لا تنكحُ الأَمَةُ على الحرَّةِ، وتُنْكَحُ الحرَّةُ على الأَمة»[(١)] حكاه أبو سعيد المكي، عن الرازي. ولأن من منعه عوض عن المبدل من الانتقال إلى البدل، كان وجود المبدل أولى أن يمنعه من الانتقال إلى المبدل كالمكفر.

وأما استدلاله ففاسد بمن لم تقنعه أربع زوجات لقوة شبقه، وإنه ربما اجتمع حيضتين معاً، ولا يدل ذلك على جواز نكاح الخامسة، على أن الحرة الواحدة قد تقنع ذا الشبق الشديد بأن يستمتع في أيام حيضها بما دون الفرج منها.

فصل: فإذا ثبت وتقرر أن نكاح الحر للأمة معتبر بثلاثة شرائط، فكذلك نكاحه للمدبرة والمكاتبة وأما الولد ومن رق بعضها وإن قلَّ، لا يجوز إلا بوجود هذه الشرائط، لأن أحكام الرق على جميعهن جارية، فجرت أحكام الرق على أولادهن.

وإذا ثبت اعتبار الشروط الثلاثة في نكاح كل من يجري عليه حكم الرق من أمة ومدبرة ومكاتبة وأم ولد، وجب أن يوضح حكم كل شرط منها.

أما الشرط الأول وهو أن لا يكون تحته حرة، فوجود الحرة تحته لا يخلو من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون استمتاعه بها لأنها كبيرة، وهي حلال له، لأنه لم يطرأ عليها سبب من أسباب التحريم، فلا يجوز مع وجودها أن ينكح أمة.

والقسم الثاني: أن تمكنه الاستمتاع بها لكبرها، لكنْ قد طرأ عليها ما صار ممنوعاً من إصابتها كالإحرام والطلاق الرجعي والظهار والعدة من إصابة غيره لها بشبهة، فلا يجوز له مع كونها تحته على هذه الصفة أن ينكح أمة، لأن التحريم مقرون بسبب يزول بزوال سببه، فصار كتحريمها في أيام الحيض.

والقسم الثالث: أن لا تمكنه الاستمتاع بها وإن كانت حلالاً له، وذلك لأحد أمرين: إمّا لصغره، وأما لرتقٍ، وأما لضنى من مرض. ففي جواز نكاحه للأمة مع وجود هذه الحرة فيه وجهان:

---

(١) حديث جابر: أخرجه عبد الرزاق موقوفاً (١٣٠٨٩) والبيهقي: ٧/ ١٧٥ وزاد: «ومن وجد صداق حرّة فلا ينكحنّ أمة أبداً». وهذا إسناد صحيح.

أحدهما: لا يجوز، لأن تحته حرة.

والثاني: يجوز، لأنه يخاف العنت.

وعلى هذين الوجهين لو كان يملك أمة وليس تحته حرة، ففي جواز نكاحه للأمة وجهان:

أحدهما: ينكحها تعليلاً بأن ليس تحته حرة.

والوجه الثاني: لا ينكحها تعليلاً بأنه لا يخاف العنت.

وأما الشرط الثاني وهو: أن يكون عادماً لصداق حرة، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يعتبر أقل صداق يكون لأقل حرة توجد من مسلمة أو كتابية، فعلى هذا يتقدر أن يستبيح الحر نكاح أمة، لأن أقل الصداق عندنا قد يجوز أن يكون دانقاً من فضة أو رغيفاً من خبز، قلَّ ما يعوز هذا أحد؛ فإذا وجده ووجد منكوحة به حرم عليه الأمة، وإن لم يجده أو وجده ولم يجد منكوحة به حل له نكاح الأمة.

والوجه الثاني: إننا نعتبر أقل صداق المثل لأي حرة كانت من مسلمة أو كتابية ولا يعتبر أقل ما يجوز أن يكون صداقاً، فعلى هذا لو وجد حرة بأقل من مهر مثلها مما يجوز أن تكون صداقاً وهو واجد لذلك القدر حل له نكاح الأمة، ولو وجد صداق المثل لحرة أو كتابية لم يحل له نكاح الأمة.

والوجه الثالث: إننا نعتبر أقل صداق المثل لحرة مسلمة، فعلى هذا، وإن وجد صداق المثل لكتابية ولم يجد صداق المثل لمسلمة، حلَّ له نكاح الأمة لقول الله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾[١] فشرط إيمان الحرائر. وعلى هذا الوجه، لو كان تحته حرة كتابية حل له نكاح الأمة.

وعلى هذا الوجه لو وجد حرة يتزوجها بأقل من صداق المثل، وهو واجدُهُ، حل له نكاح الأمة. ولو وجد ثمن أمة وهو أقل من صداق حرة، ففي جواز تزويجه للأمة وجهان:

أحدهما: يجوز لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾[٢].

---

(١) سورة النساء، الآية: ٢٥.
(٢) سورة النساء، الآية: ٢٥.

والوجه الثاني: لا يجوز، لأنه مستغن عن استرقاق ولده.

وأما الشرط الثالث: وهو أن يخاف العنت، وهو الزنى وسواء خافه وهو ممن يقدم عليه لقلة عفافه، أو كان ممن لا يقدم عليه لتحرجه، وعفافه في أن خوف العنت فيهما شرط في إباحة نكاح الأمة لها.

فأما إذا خاف العنت من أمة بعينها أن يزني بها إن لم يتزوجها لقوة ميله إليها وحبه لها، فليس له أن يتزوجها إذا كان واجداً للطول، لأننا نراعي عموم العنت، لا خصوصه والله أعلم.

فصل: فإذا ثبت أن نكاح الحر للأمة معتبر بما أوضحناه من الشروط الثلاثة، فليس له إذا استكملت فيه أن ينكح أكثر من أمة واحدة. وقال أبو حنيفة ومالك: يجوز أن ينكح منهن أربعاً كالحرائر استدلالاً بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾[1] فأطلق ملك اليمين إطلاق جمع، فحمل على عمومه في استكمال أربع كالحرائر، ولأن كل جنس حل نكاح الواحدة منه، حل نكاح الأربع، كالحرائر طرداً، والوثنيات عكساً. ولأن كل من جاز له أن يتزوج بأكثر من حرة واحدة، جاز له أن يتزوج بأكثر من أمة واحدة كالعبد.

ودليلنا: قول الله تعالى: ﴿ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ﴾ وهذا إذا تزوج أمة واحدة فقد أمن العنت، فلم يجز أن يتزوج بأمة أخرى. ولك تحرير هذا قياساً فتقول: إنه حرٌّ أَمِنَ العنت، فلم يجز أن يتزوج بأمة قياساً على من تحته حرة. وإن شئت قلت: قادر على وطء بنكاح، قياساً على هذا الأصل، لأنه محظور إلا عند الضرورة، فلم يستبح منه إلا ما دعت إليه الضرورة كأكل الميتة.

فأما الاستدلال بالآية، فلا يقتضي إلا أمة واحدة لأنه قال: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾[2] فلما كان المراد بالحرائر المحصنات واحدة، وجب أن يكون المراد بما في مقابلتهن من الإماء واحدة. وعلى أن الأمة بدل من الحرة، ولا يجوز أن يكون البدل أوسع حكماً من المبدل.

وأما قياسهم على الحرائر فالمعنى فيهن: جواز العقد عليهن لغير ضرورة، ولأنه لا

---

(١) سورة النساء، الآية: ٢٥.

(٢) سورة النساء، الآية: ٢٥.

يسترق ولده، فيدخل عليه باسترقاقه ضرر، فخالف نكاح الإماء من هذين الوجهين.

وأما الجواب عن قياسهم على العبد، فهو أنه يجوز أن ينكح الأمة لغير ضرورة، وليس عليه في استرقاق ولده ضرر، فخالف الحر من هذين الوجهين.

فعلى هذا: لو تزوج الحر أمتين، ثبت نكاح الأولى، وبطل نكاح الثانية. فإن تزوجها في عقدٍ واحدٍ، بطل نكاحهما، لأن إحداهما إنْ حلت فهي غير معينة، كمن تزوج أختين بطل نكاح الثانية إن تزوجهما في عقدين، وبطل نكاحهما إن تزوجهما في عقد واحد.

فصل: وإذ قد مضى الكلام في نكاح الأحرار للإماء، انتقل الكلام إلى نكاح العبيد لهن، فيجوز للعبد أن ينكح الإماء مطلقاً من غير شرط، فينكحها وإن أمن العنت، أو كان تحته حرة.

وقال أبو حنيفة: هو كالحر لا يجوز أن ينكح الأمة إذا كان تحته حرة، استدلالاً بأن من تحته حرة فهو ممنوع من نكاح الأمة كالحر.

ودليلنا: قول الله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً﴾[1] فخص الأحرار بتوجه الخطاب إليهم ثم قال: ﴿ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنكُمْ﴾[2] فخصهم به أيضاً، فاقتضى أن يكونوا مخصوصين بهذا المنع، ويكون العبد على إطلاقه من غير منع. ولأن من جاز له أن ينكح امرأة من غير جنسه، جاز له أن ينكح عليها امرأة من جنسه، كالحر إذا نكح أمة يجوز له أن ينكح عليها حرة.

فأما قياسه على الحر، فيمنع منه النص، ثم المعنى في الحر: أنه يلحقه في نكاح الأمة عار لا يلحق العبد، فإذا تقرر هذا، كان للعبد أن ينكح أمة على حرة، وأن يجمع في العقد الواحد بين أمة وحرة، وأن يجمع بين أمتين كما يجمع بين حرتين. والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (فإنْ عقدَ نكاحَ حرَّةٍ وَأَمَةٍ معاً قيل: يثبتُ نكاحُ الحرة، وينفسِخُ نكاحُ الأمة. وقيلَ: ينفسخان معاً. وقال في القديم: نكاحُ الحرّة جائزٌ، وكذلك لو تزوَّجَ معها أختها من الرضاعة، كأنها لم تَكُنْ، قال المزني: هذا أقيسُ وأصحُّ في أصلِ قوله، لأن النِّكاحَ يقومُ بنفسِهِ فلا يفسُدُ بغيرِهِ، فهي في معنى مَنْ تزوَّجَها وقسطَ معها جرَّةً من خمرٍ بدينارٍ، فالنكاحُ وحدَهُ ثابتٌ، والقسطُ من الخمرِ والمَهْرِ فاسِدانِ)[3].

---

(١) سورة النساء، الآية: ٢٥. (٢) سورة النساء، الآية: ٢٥. (٣) مختصر المزني، ص: ١٧٠.

قال الماوردي: وصورة هذه المسألة فيمن يحل له نكاح الأمة بحرة وأمة، فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يتزوج الأمة، ثم يتزوج بعدها حرة، فنكاحها صحيح، لأنه نكح الأمة على الشرط المبيح، ونكاح الحرة بعد الأمة صحيح، وقال أحمد بن حنبل: يصح نكاح الحرةُ ويبطل به ما تقدم من نكاح الأمة، كما لو تقدم نكاح الحرة.

وهذا خطأ، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**لا تُنْكَحُ الأَمَةُ على الحُرَّةِ، وتنكَحُ الحُرّةُ على الأَمة**»[1]. ولأنه عقدُ نكاحٍ فلم يُبْطِلْ ما تقدَّمه من النكاح، كما لو نكحَ على حرة.

والقسم الثاني: أن يتزوج بالحرة ثم يتزوج بعدها بالأمة، فنكاح الحرة صحيح، ونكاح الأمة بعدها باطل، لأن الأمة لا يجوز أن يتزوجها وتحته حرة. وعند مالك: يجوز نكاح الأمة بعد الحرة ثانياً إذا كان عادماً للطول خائفاً للعنت، وقد مضى الكلام معه.

والقسم الثالث: أن يتزوجهما معاً في عقد واحد، فنكاح الأمة باطل لأنه قد صار بعقده عليها مع حرة قادراً على نكاح حرة.

وهل يبطل نكاح الحرة، أم لا؟ مبنيّ على تفريق الصفقة في البيع، إذا جمع العقد الواحد حلالاً وحراماً، كبيع خل وخمر في عقد واحد، وبيع حر وعبد في عقد واحد، فيبطل في الحرام، وفي بطلانه في الحلال قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم، وأحد قوليه في الجديد: أنه لا يبطل في الحلال، تعليلاً بأن لكل واحد منهما في الجمع بينهما حكم في انفرادهما، فعلى هذا يكون نكاح الحرة جائز وإن كان نكاح الأمة باطلاً.

والقول الثاني: وهو أحد قوليه في الجديد: أن البيع يبطل في الحلال لبطلانه في الحرام. فاختلف أصحابنا في تعليل هذا القول على وجهين:

أحدهما: أن العلة فيه، أن اللفظة الواحدة جمعت حلالاً وحراماً، فإذا بطل بعضها انتقضت. فعلى هذا، يبطل نكاح الحرة كما بطل نكاح الأمة، لأن لفظ العقد عليهما واحد.

الوجه الثاني: أن العلة فيهما الجهالة بثمن الحلال، لأن ما قابل الحرام من الثمن مجهول، فصار ثمن الحلال به مجهولاً. فعلى هذا يبطل به من العقد ما كان موقوف الصحة

---

(١) حديث جابر: سبق تخريجه.

على الأعواض كالبيع والإجارة الذي لا يصح إلا بذكر ما كان معلوماً من ثمن أو أجرة.

فأما العقود التي لا تقف صحتها على العوض كالنكاح والهبة والرهن، فيصح الحلال منها وإن بطل الحرام المقترن بها، فيكون نكاح الحرة صحيحاً وإن بطل نكاح الأمة. وفيما يستحقه من المهر قولان:

أحدهما: مهر المثل، وإبطال المسمى.

والقول الثاني: قسط مهر مثلها من المهر المسمى، بناء على اختلاف قوليه فيمن نكح أربعاً في عقد على صداق واحد.

فأما المزني، فإنه اختار أصح القولين وهو: تصحيح نكاح الحرة مع فساد نكاح الأمة، إلا أنه يصح لصحته: بمثال صحيح، وحجاج فاسد.

أما المثال الصحيح فهو قوله: وكذلك لو تزوج معها أختها من الرضاعة، لأنه إذا جمع في العقد الواحد بين أختها وأجنبية، كان كجمعه بين حرة وأمة في عقد واحد، فيبطل نكاح أختها، وفي بطلان نكاح الأجنبية قولان.

وأما الحجاج الفاسد فهو قوله: فهي في معنى من تزوجها وقسط معها من خمر بدينار، فالنكاح وحده ثابت، والقسط من الخمر والمهر فاسد.

واختلف أصحابنا في وجه فساد هذا الاعتلال والاحتجاج على وجهين:

أحدهما: وهو قول البغداديين: ووجه فساده أنه إذا زوجه وزقاً من خمر بدينار، فهما عقدان: بيع، ونكاح. لأنه يقول: بعتك هذا الخمر وزوجتك هذه المرأة بدينار، فلم يجز أن يحتج بالعقدين في صحة أحدهما، وفساد الآخر على العقد الواحد في أن فساد بعضه لا يوجب فساد باقية، لأن للعقد الواحد حكماً واحداً، وللعقدين حكمين.

والوجه الثاني: وهو قول البصريين: أن وجه فساده أنه في النكاح والخمر بدينار، قد جمع في العقد الواحد بين نكاح وبيع يختلف حكمهما، والشافعي وقد اختلف قوله في العقد الواحد إذا جمع شيئين مختلفي الحكم: كبيع وإجارة، أو رهن وهبة، فله فيه قولان:

أحدهما: أنهما باطلان يجمع العقد الواحد بين مختلفي الحكم.

والقول الثاني: أنهما جائزان لجواز كل واحد منهما على الانفراد.

فلم يجز أن يحتج بما يصح العقد فيهما على صحة ما يبطل العقد في أحدهما والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو تزوَّجها ثم أيْسَرَ لم يفسدْهُ ما بعدَه)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا تزوج الحر أمة على الشرائط المبيحة، ثم ارتفعت الشرائط بعد العقد، بأن أمن العنت بعد خوفه، أو وجد الطول بعد عدمه، أو نكح حرة بعد أن لم يكن، فنكاح الأمة على صحته وثبوته.

وقال المزني: إن أمن العنت لم يبطل نكاح الأمة، وإن وجد الطول أو نكح حرة بطل نكاح الأمة. استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾[٢] فجعل عدم الطول شرطاً في إباحة الأمة ابتداء، فوجب أن يكون شرطاً في إباحتها انتهاء، قال: ولأن زوال علة الحكم موجباً لزواله، والعلة في نكاح الأمة عدم الطول، فوجب أن يكون وجوده موجباً لبطلان نكاحها.

وهذا خطأ لقول الله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِيْنَ مِنْ عِبَادِكُمْ﴾[٣] الآية. فندب إلى النكاح، لأنه قد يفضي إلى الغنى بعد الفقر، لم يجز أن يكون الغنى الموعود به في النكاح موجباً لبطلان النكاح، ولا عدم الطول شرطاً في نكاح الأمة. كما أن خوف العنت شُرط في نكاحها، فلما لم يبطل نكاحها إذا زال العنت، لم يبطل إذا وجد الطول. ولأن الطول بالمال غير مراد للبقاء والاستدامة، لأنه يراد للانفاق لا للبقاء، وما لم يراد للبقاء إذا كان شرطاً في ابتداء العقد لم يكن شرطاً في استدامته كالإحرام والعدة. فإنه لو تزوجها وهي محرمة أو معتدة بطل نكاحها، ولو طرأ الإحرام أو العدة، بعد العقد لم يبطل ولما كانت الردة والرضاع يـرادان للاستدامة، لأن الردة دين تعتقده المرتدة للدوام، وكان ذلك شرطاً في الابتداء والاستدامة، كذلك المال لما لم يـرد للاستدامة، وجب أن يكون شرطاً في الابتداء دون الاستدامة، كالإحرام والعدة.

فأما استدلال المزني بالآية، فيقتضي كون ما تضمنها من الشرط في ابتداء العقد دون استدامته، وما ذكره من الاستدلال بأن زوال العلة موجب لزوال حكمها، فاسد بخوف العنت.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٠.   (٢) سورة النساء، الآية: ٢٥.   (٣) سورة النور، الآية: ٣٢.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وحاجَّني مَنْ لا يفسَخُ نِكاحَ الإماءِ غير المسلماتِ فقال: لمّا أحلَّ اللّهُ تعالى نِكاحَ الأمةِ المسلمةِ، دلَّ على نكاحِ الأمة. قلت: فقد حرَّم اللّهُ تعالى الميتَةَ واستثنَى إحلالها للمضْطَرِّ، فهلْ يحلُّ لغير المضطر إلى آخر الفصل)[1].

قال الماوردي: وإذا قد مضى الكلام في الشروط المعتبرة في نكاح الأمة من جهة الزوج، بقي الكلام في الشروط المعتبرة من جهتها وهو إسلامها، فلا يجوز للمسلم نكاح أمة كافرة بحال.

وقال أبو حنيفة: يجوز له نكاح الأمة الكافرة، كما يجوز له نكاح الحرة الكافرة.

استدلالاً بقوله تعالى: **﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾**[2] فكانت على عمومها، ولأن كل من جاز وطؤها بملك اليمين، جاز وطؤها بملك النكاح كالمسلمة. ولأن في الأمة الكافرة نقصان: الرق، والكفر؛ وليس لكل واحد من النقصين تأثير في المنع من النكاح إذا انفرد، وجب أن لا يكون لهما تأثير فيه إذا اجتمعا.

ودليلنا: قوله تعالى: **﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾**[3] فجعل نكاح الأمة مشروطاً بالإيمان، فلم يستبح مع عدمه. وقال تعالى: **﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ﴾**، إلى قوله تعالى: **﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾**[4]

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٠. والنصّ كاملاً في مختصر المزني: «وحاجَّني من لا يفسخ نكاح إماء غير المسلمات فقال: لمّا أحلّ الله بينهما ولا نفقة لها، لأنها مانعة له نفسها بالردّة. وإذا ارتدت من نصرانية إلى يهودية، أو من يهودية إلى نصرانية لم تحرم ـ ـ تعالى نكاح الحرة المسلمة، دلّ على نكاح الأمة. قلت: حرّم الله تعالى الميتة، واستثنى إحلالها للمضطر، فهل تحلُّ لغير المضطر؟ واستثنى من تحريم المشركات إحلال حرائر أهل الكتاب، فهل يجوز حرائر أهل الكتاب، فلا تحلّ إماؤهم، وإماؤهم غير حرائرهم. واشترط في إماء المسلمين، فلا يجوز له إلا بالشرط. وقلت له: لم أحللت الأم كالربيبة وحرمتها بالدخول كالربيبة؟ قال: لأن الأم مبهمة والشرط في الربيبة. قلت: فهكذا قلنا في التحريم في المشركات والشرط في التحليل في الحرائر وأمهات المؤمنين».

(٢) سورة النساء، الآية: ٣.

(٣) سورة النساء، الآية: ٢٥.

(٤) سورة المائدة، الآية: ٥.

المحصنات ها هنا: الحرائر[١]. فاقتضى أن لا يحل نكاح إماء أهل الكتاب[٢]، ولأن ذلك إجماع، لأنه مروي عن: عمر، وابن مسعود، وليس لهما مخالف. ولأنها امرأة اجتمع فيها نقصان، لكل واحد منهما تأثير في المنع من النكاح، فوجب أن يكون اجتماعهما موجباً لتحريمها على المسلم، كالحرة المجوسية أحد نقصها: الكفر، والآخر: عدم الكتاب. والأمة الكتابية أحد نقصها: الرق، والآخر: الكفر. ولأن نكاح المسلم الأمة الكافرة يفضي إلى أمرين، يمنع الشرع من كل واحد منهما:

أحد الأمرين: أن يصير ولدها المسلم مرقوقاً لكافر، والشرع يمنع من استرقاق المسلم.

والثاني: أن يسبي المسلم، لأن ولدها المسلم ملك الكافر، وأموال الكافر يجب أن تسبى، والشرع يمنع من سبي المسلم. وإذا كان الشرع مانعاً مما يفضي إليه نكاح الأمة الكافرة، وجب أن يكون مانعاً من نكاح الأمة الكافرة.

فأما الاستدلال بقوله تعالى: ﴿فَمِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾[٣] فالمراد به: الاستمتاع بهن بملك اليمين، لا بعقد النكاح. فجاز أن يستوي فيه استباحة المسلم والكتابية، لأنه قد استقر عليها ملك مسلم، فلم يفض إلى سبي ولدها، وكذلك الحكم في نكاح الأمة المسلمة، فلم يجز الجمع بين نكاحها ونكاح الأمة الكافرة.

وأما قوله: إن كل واحد من النقصين لا يمنع، فكذلك اجتماعهما. قلنا: لكل تأثير في المنع، فصار اجتماعهما مؤثراً في التحريم.

فصل: فإذا استقر ما ذكرنا من الشروط المعتبرة في نكاح الحر للأمة، فنكحها وأولدها، لم يخل حال الزوج: من أن يكون عربياً، أو عجمياً فإن كان عجمياً كان ولده منها لسيدها، وإن كان عربياً ففيه قولان:

---

(١) راجع تفسير القرطبي: ٥/١٣٩.

(٢) نقل البيهقي في السنن عن الشافعي: ٧/١٧٧: قال الشافعي: «لأنها داخلة في معنى من حرّم من المشركات وغير حلال منصوصة بالإحلال، كما نصّ حرائر أهل الكتاب في النكاح، والله تعالى إنما أحل نكاح إماء أهل المسلمين بمعنيين، وفي ذلك دلالة على تحريم من خالفهن من إماء المشركين، والله أعلم، لأن الإسلام شرط ثالث».

(٣) سورة النساء، الآية: ٢٥.

أحدهما: يكون ولده منها مرقوقاً لسيدها كولدها من عجمي، لأن حكم الله تعالى في جميعهم واحد.

والقول الثاني: يكون حراً وعلى الأب قيمته، لقول النبي ﷺ: «لا يجري على عربيّ صَغارٌ بعد هذا اليوم»[1] والاسترقاقُ من أعظم الصَّغَار، فوجب أن يُنفَى عن العرب.

ولأن ذلك مفض إلى استرقاق من ناسب النبي ﷺ في أقرب آبائه، مع وصية الله تعالى بذوي القربى. فلو نكح الحر مكاتبة، كان في ولدها إن لم يكن عربياً قولان:

أحدها: مملوك لسيدها.

والثاني: تبع لها.

وإن كان عربياً ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: يعتق على أبيه بقيمته.

والثاني: تبع لأمه يعتق بعتقها، ويرق برقها.

والثالث: أنه ملك لسيدها والله أعلم.

مسالة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (والعبدُ الحرِّ في أنْ لا يحلّ له نكاحُ أمةٍ كتابية)[2].

قال الماوردي: وهذا كما قال، لا يجوز للعبد المسلم أن يتزوج بالأمة الكتابية، كما لا يجوز أن يتزوج بها الحر المسلم، وجوزه أبو حنيفة، كما جوزه للحر.

وفرق بعض العراقيين بين الحر العبد، فجوز للعبد أن ينكح الأمة الكتابية، ولم يجوزه للحر. لأن العبد قد ساواها في نقص الرق، واختصت معه بنقص الكفر، فلم يمنعه أحد النقصين، كما لم يمنع المسلم الحر أن ينكح الكتابية الحرة لاختصاصها معه بأحد النقصين. وخالف نكاح الحر المسلم للأمة الكتابية، لاختصاصها معه بنقصين.

---

(١) ففي مختصر المزني، باب من يلحق بأهل الكتاب ص: ٢٧٧ قال الشافعي: «فأمّا قول أبي يوسف: لا تؤخذ الجزية من العرب، فنحن كنا على هذا أحرص، ولولا أن نأثم بتمنّي باطل لوددناه كما قال، وأن لا يجري على عربي صغار، ولكن الله أجلُّ في أعيننا من أن نحبّ غير ما حكم الله به تعالى». وراجع الأم: ٤/ ١٧٤ ـ ١٧٥ باب من تؤخذ منه الجزية من أهل الأوثان.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٧٠.

وهذا خطأ، لأن اجتماع النقصين فيها يمنع من جواز نكاحها، كالوثنية الحرة لا ينكحها حر ولا عبد، لاجتماع النقصين، فاستوى في تحريمها بهما من ساواهما في أحدهما، أو خالفهما فيهما. فإذا أراد كتابي أن ينكح هذه الأمة الكتابية ودعا حاكمنا إلى نكاحها به، ففي جوازه وجهان:

أحدهما: أن يزوجه بها، لأنها قد صارت باجتماع النقصين محرمة عندنا.

والوجه الثاني: يجوز لاستوائهما في النقص، كما يجوز أن يزوج وثنياً وثنية.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وأيّ صنفٍ حلَّ نِكاحُ حرائِرِهم حلَّ وطءُ إمائِهم بالملْكِ ومَنْ حُرِّمَ نِكاحُ حرائرهم، حرِّم وطءُ إمائِهم بالملْكِ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن الأمة قد تصير فراشاً بالوطء، كما تصير الحرة فراشاً بالعقد، فأيّ صنف حل نكاح حرائرهم وهم: المسلمون وأهل الكتاب من اليهود والنصارى، حل وطء إمائهم بملك اليمين وهنّ: الإماء المسلمات واليهوديات والنصرانيات فقد استمتع رسول الله ﷺ بأمتين بملك يمينه، إحداهما: مسلمة وهي مارية، وأولدها ابنه إبراهيم[2].

والأخرى: يهودية وهي ريحانة، ثم بشر بإسلامها فَسُرَّ به[3]. وأعتقَ أمتين وتزوَّجَهُما، وجعل عِتْقَهما صداقهما إحداهما: جويرية[4]، والأخرى: صفية[5].

فأما من لا يحل نكاح حرائرهم من المجوس وعبدة الأوثان، فلا يحل وطء إمائهم بملك اليمين. وقال أبو ثور: يحل وطء جميع الإماء بملك اليمين على أي كفر كانت من:

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٠.

(٢) في حديث مصعب بن عبد الله: «تزوج رسول الله ﷺ مارية بنت شمعون، وهي التي أهداها المقوقس صاحب الإسكندرية إلى رسول الله ﷺ، وولدت له إبراهيم...» راجع: طبقات ابن سعد: ٨/ ٢١٢ ـ ٢١٤، والحاكم ٤/ ٣٨.

(٣) سبق ترجمتها، وتخريج قصة زواجه بها.

(٤) تقدّم الخبر. وفي مصنف عبد الرزاق (١٣١١٨) عن الشعبي قال: «كانت جويرية ملك رسول الله ﷺ فأعتقها وجعل صداقها عتق كل أسير من بني المصطلق». و(١٣١١٩) عن مجاهد... قال رسول الله ﷺ: «أو لم أعظم صداقكِ، ألم أعتق أربعين من قومك؟ «وتقدّم الخبر من حديث عائشة عند الحاكم: ٤/ ٢٦، وابن سعد في طبقاته: ٨/ ١١٧.

(٥) أنه جعل عتقها صداقها، تقدّم الحديث في أول النكاح.

مجوسية، أو وثنية، أو دهرية. استدلالاً بأن النبي ﷺ قال في سبي هوازن، وهن وثنيات: «ألا لا تُوطَأُ حامِلٌ حتى توضعَ، ولا غير ذاتِ حَمْلٍ حتى تَحِيْضَ»[1] فأباح وطئهن بالملك بعد استبرائهن، ولأن الوطء بملك اليمين أوسع حكماً منه بعقد النكاح، لأنه يستمتع من الإماء بمن شاء من غير عدد محصور، ولا يحل بعقد النكاح أكثر من أربع، فجاز لاتساع حكم الإماء أن يستمتع منهن مَنْ لا يجوز أن ينكحها من الوثنيات.

وهذا خطأ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ﴾[2] فكان على عمومه في الحرائر والإماء، ولأن المحرمات بعقد النكاح محرمات بملك اليمين كذوات الأنساب، ولأن ما حرم به وطء ذوات الأنساب حرم به وطء الوثنيات كالنكاح.

فأما سبي هوازن فعنه جوابان:

أحدهما: يجوز أن يكون قبل تحريم المشركات في سورة البقرة.

والثاني: يجوز أن يكون قد أسلمن، لأن في النساء رقة لا يثبتن معها بعد السبي على دين.

وأما الاستدلال باتساع حكمهن في العدد، فليس للعدد تأثير في أوصاف التحريم، كما لم يكن له تأثير في ذوات الأنساب والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولا أُكْرَهُ نساءَ أَهْلِ الحربِ إلا لئلا يَفْتِنَّ عن دينِهِ أو يسترقّ ولده)[3].

قال الماوردي: وهو كما قال. يجوز للمسلم أن يتزوج الكتابية الحربية في دار الإسلام ودار الحرب، وأبطل العراقيون نكاحها في دار الحرب، بناء على أصولهم في أن عقود دار الحرب باطلة، وهي عندنا صحيحة. لأن صحة العقد وفساده معتبر بالعاقد والمعقود عليه، دون الدار. ولأن الله تعالى قال: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ﴾[4] ولم يفرق، ولأن الحرمة في إباحتهن الكتاب دون الدار، لأنه لما جاز وطئهن بالسبي فأولى أن يجوز وطئهن بالنكاح. ولأن من حل نكاحها في دار الإسلام، حل نكاحها في دار الحرب كالمسلمة. فإذا صح نكاح الحربية، فهو عندنا مكروه، لثلاثة أمور:

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢١.

(٣) مختصر المزني، ص: ١٧٠.

(٤) سورة المائدة، الآية: ٥.

أحدها: لئلا يفتن عن دينه بها أو بقومها، فإن الرجل يصبو إلى زوجته بشدة ميله.

والثاني: لئلا يكثر سوادهم بنزوله بينهم، وقد قال النبيّ ﷺ: «من كثر سوادَ قومٍ فهو منهم»(١).

والثالث: لئلا يسترق ولده وتسبى زوجته، لأن دار الحرب تغزى وتغنم، فإن سبى ولده لم يسترق لأنه حر مسلم، وإن سبيت زوجته ففيه قولان:

أحدهما: يجوز استرقاقها، لأن ما بينهما من عقد النكاح هو حق له عليها كالدين ولو كان له عليها دين لم يمنع من استرقاقها، كذلك النكاح.

والثاني: أنه قد ملك بضعها بالنكاح، فلم يجز أن تستهلك عليه بالاسترقاق، كما لو ملك منافعها بالإجارة ورقتها بالشراء.

---

(١) حديث ابن مسعود: في كنز العمال (٢٤٧٣٥)، وفي المطالب العالية لابن حجر (١٦٠٥) ونصب الراية للزيلعي: ٤/ ٣٤٦، وإتحاف السادة المتقين للزبيدي: ٦/ ١٢٨، وكشف الخفا للعجلوني: ٢/ ٣٧٨.

باب التَّعْرِيضِ بالخِطْبَةِ مِنَ الْجَامِعِ وَغَيْره[1]

قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (كتاب الله تعالى يدلُّ على أن التَّعريضَ في العدّةِ جائزٌ بما وقَعَ عليه إسمُ التَّعريضِ وقد ذكر القاسِمُ بعضَه، والتَّعريضُ كثيرٌ وهو خلافُ التَّصْرِيحِ، وهو تعريضُ الرَّجُلِ للمرأةِ بما يدلُّها على إرادةِ خطبتها، وتُجِيْبُهُ بمثْلِ ذلك)[2].

قال الماوردي: اعلم أن النساء ثلاث: خلية، وذات زوج، ومعتدة.

فأما الخلية التي لا زوج لها ولا هي في عدة، فيجوز خطبتها بالتعريض والتصريح. وأما ذات الزوج، فلا يحل خطبتها بتعريض ولا تصريح. وأما المعتدة فعلى ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون رجعية.

والثاني: أن تكون بائناً لا تحل للزوج.

والثالث: أن تكون بائناً تحل للزوج.

فأما الرجعية فلا يجوز لغير الزوج أن يخطبها بصريح ولا تعريض، لأن أحكام الزوجية عليها جارية من وجوب النفقة، ووقوع الطلاق عليها، والظهار منها، وأنهما يتوارثان إن مات أحدهما، وتعتد عدة الوفاة إن مات الزوج، ومتى أراد الزوج رجعتها في العدة كانت راجعة إلى إباحته وفي حكم الرجعة المعتدة من الردة، لا يحل خطبتها بصريح ولا تعريض، لأنها أسلمت في العدة كانت زوجته.

---

(١) في مختصر المزني، ص: ١٧٠: باب التعريض بالخطبة من الجامع، من كتاب التعريض بالخطبة، وغير ذلك.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٧٠، النص هو: قال الشافعي: كتاب الله يدل على أنّ التعريض في العدّة جائز بما وقع عليه اسم التعريض، وقد ذكر القسم بعضه، والتعريض كثير، وهو خلاف التصريح، وهو تعريض الرجل للمرأة بما يدلها به على إرادة خطبتها بغير تصريح، وتجيبه بمثل ذلك. وقوله: وقد ذكر القسم، كذا بالأصل، ولعلّ لفظ: القسم، محرفاً عن الأم، أو عن الشافعي، ولعله اسم علم. ويظهر في نصّ الماوردي أنه القاسم بن سلام، أو غيره.

فصل: وأما البائن التي لا تحل للزوج، فالمطلقة ثلاثاً، والمتوفى عنها زوجها، وإن لم يتوجه إلى الزوج بعد موته تحليل ولا تحريم. فإذا كانت في عدة من وفاة زوج، فحرام أن يصرح أحد بخطبتها، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾[١] يريد بالعزم على عقدة النكاح التصريح بالخطبة، وبقوله تعالى: ﴿حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾[٢] يريد به: انقضاء العدة. ولأن في المرأة من غلبة الشهوة والرغبة في الأزواج ما ربما بعثها على الأخبار بانقضاء العدة قبل أوانها، وقولها في انقضائها مقبول، فتصير منكوحة في العدة، فحظر الله تعالى التصريح بخطبتها حسماً لهذا التوهم.

فأما التعريض بخطبتها في العدة بما يخالف التصريح من القول المحتمل فجائز، قال الله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِي أَنفُسِكُمْ﴾[٣] يعني: بما عرضتم من جميل القول، أو أكننتم في أنفسكم من عقد النكاح.

وروي عن أم سلمة أن النبي ﷺ جاءَها بعد أبي سلمة، وهي تبكي وقد وضعَتْ خدَّهَا على التراب حزناً على أبي سلمة، فقال لها النبي ﷺ: «قُولي إنَّا للّهِ وإنا إليه راجعونَ اللّهُمَّ اغْفِرْ له وأعقِبْنِي منه عقبى حسنة، وعوِّضْني خيراً منه»، قالت أم سلمة: فقلتُ في نفسي: مَنْ خيرٌ لي من أبي سلمة، أوَّلُ المهاجرين هجرةً، وابنُ عمَّةِ رسولِ الله ﷺ، وابنُ عمِّي، فلما تزوَّجني رسولُ الله ﷺ علِمْتُ أنه خيرٌ منه[٤]. فدلت هذه الآية والخبر على جواز التعريض بخطبة المعتدة من الوفاة.

وأما المعتدة من الطلاق الثلاث، فلا يجوز للزوج المطلق أن يخطبها بصريح ولا تعريض، لأنها لا تحل له بعد العدة، فحرمت عليه الخطبة.

وأما غير المطلق، فلا يجوز له أن يصرح بخطبتها، ويجوز أن يعرض لها، لما روي أن فاطمة بنت قيس طلَّقها زوجُها أبو عمرو بن حفص ثلاثاً فقال لها النبيّ ﷺ وهي في

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٣٥.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٣٥.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٣٥.

(٤) حديث أم سلمة: أخرجه مسلم في الجنائز (٩١٩)، وأبو داود (٣١١٥) وابن ماجة (١٤٤٧)، والترمذي (٩٧٧)، والنسائي: ٤/٤ ـ ٥، والحاكم: ٤/١٦، والبيهقي: ٣/٣٨٣ ـ ٣٨٤ وأحمد: ٦/٣٢٢، والبغوي (١٤٦١).

العدة: «إذا حلَلْتِ فآذِنِيني» وروتْ أنه قال لها: «إذا حَلَلْتِ فلا تستبقِيْني بنفسِك»[1] فكان ذلك تعريضاً لها، وفي معنى المطلقة ثلاثاً أو الملاعنة، والمحرمة بمصاهرة أو رضاع.

فإذا حل التعريض بخطبتها، ففي كراهيته قولان:

أحدهما: قاله في كتاب الأم: أنه مكروه، لأن الآية واردة في المتوفى عنها زوجها[2].

والقول الثاني: أنه غير مكروه، قاله في القديم، والإملاء.

قال الشافعي: ولو قال قائل: أمرها في ذلك أخف من المتوفى عنها زوجها، جاز ذلك لأن هناك مطلق به يمنع من تزويجها قبل العدة.

فصل: وأما البائن التي تحل للزوج، فهي المختلعة إذا كانت في عدتها، يجوز للزوج أن يصرح بخطبتها، لأنه يحل أن يتزوجها في عدتها. فأما غير الزوج فلا يجوز أن يصرح بخطبتها، وفي جواز تعريضه لها بالخطبة قولان:

---

(١) حديث فاطمة بنت قيس: سبق تخريجه، وأخرجه مالك في الموطأ: ٢/ ٥٨٠ ـ ٥٨١ أنّ أبا عمرو بن حفص طلّقها البتة وهو غائب بالشام... فجاءت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له، فقال: ليس لكِ عليه نفقة، وأمرها أن تعتدّ في بيت أمر شريك... وقال: فإذا حلَلْتِ فآذنيني، قالت: فلمّا حللت ذكرتُ له أن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم خطباني، فقال رسول الله ﷺ: «أمّا أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه، وأمّا معاوية فصعلوك لا مال له، إنكحي أسامة..» قالت: فكرهته ثم قال: إنكحي أسامة، فنكحته، فجعل الله فيه خيراً. ومن طريقه أخرجه الشافعي في الرسالة: ص ٣٠٩ ـ ٣١٠.
وأخرجه مسلم في الطلاق (١٤٨٠) من طريق مالك. وفي (٣٨) بلفظ: فقال ﷺ: «ليس لها نفقة، وعليها العدّة». وأرسل إليها أن لا تسبقيني بنفسك، وأمرها أن تنتقل إلى أم شريك. و(٣٩) بلفظ: «لا تفوتينا بنفسك»، وفي (٤٧) بلفظ: «فأمّا معاوية فرجلٌ ترب، لا مال له، وأمّا أبو جهم فرجل ضرّاب للنساء، ولكنْ أسامة بن زيد» فقالت بيدها هكذا: أسامة أسامة، فقال لها: «طاعة الله وطاعة رسوله خير لك» فتزوجته واغتبطت. وفي (٤٨) بلفظ: قالت: فخطبني خطّاب، منهم معاوية وأبو الجهم، فقال النبي ﷺ: «إن معاوية ترب خفيف الحال، وأبو الجهم منه شدّة على النساء: أو يضرب النساء، أو نحو هذا. ولكن عليك بأسامة بن زيد».
أخرجه أبو داود في الطلاق (٢٢٨٤) و(٢٢٨٥) و(٢٢٨٦) و(٢٢٨٧) و(٢٢٨٨) والطحاوي: ٣/ ٥ و٦٥ ـ ٦٦، والدارمي: ٢/ ١٣٥ ـ ١٣٦، والنسائي: ٦/ ٧٤ و١٤٥ و٢٠٨ والترمذي (١١٣٥) و(١١٨٠)، والبغوي (٢٣٨٥)، وأحمد: ٦/ ٤١٢ و٤١٣ و٤١٤ و٤١٦ و٦/ ٤١١ ـ ٤١٢، والبيهقي: ٧/ ١٧٧ ـ ١٧٨ و٤٧١ ـ ٤٧٢، والحميدي (٣٦٣)، والدارقطني: ٤/ ٢٢ ـ ٢٣ و٢٣ ـ ٢٤ و٢٥ ـ ٢٦.

(٢) راجع قول الشافعي في الأم باب التعريض بالخطبة: ٥/ ٣٦ ـ ٣٧.

أحدهما: لا يجوز لإباحتها للمطلق كالرجعية، قاله في كتاب البويطي.

والقول الثاني: يجوزُ، لأن الزوج لا يملك رجعتها كالمطلقة ثلاثاً، قاله في أكثر كتبه.

وفي معنى المختلعة الموطوءة بشبهة يجوز للواطىء أن يصرح بخطبتها في العدة لأنها منه، ويحل له نكاحها في العدة، ولا يجوز لغيره أن يصرح بخطبتها، وفي جواز تعريضه قولان.

فصل: فإذا ثبت فرق ما بين التصريح والتعريض، فالتصريح ما زال عنه الاحتمال، ويحقق منه المقصود مثل قوله: أنا راغب في نكاحك، أو: أريد أن أتزوجك، أو يقول: إذا انقضت عدتك فزوِّجيني بنفسك.

وأما التعريض فهو الإشارة بالكلام المحتمل إلى ما ليس له فيه ذكر، مثل قوله: رب رجلٍ يرغبُ فيك، أو أنني فيك راغب، أو ما عليك أيمة ولعل الله أن يسوق إليك خيراً، أو لعل الله أن يحدث لك أمراً، وإذا حللت فآذنيني[1] إلى ما جرى مجرى ذلك. وسواء أضاف ذلك إلى نفسه، أو أطلق إذا لم يصرح باسم النكاح، وكان محتملاً أن يريده بكلامه أو يريد غيره.

وإذا حل للرجل أن يخطبها بالتصريح، حل لها أن تجيبه على الخطبة بالتصريح. وإذا حرم عليه أن يخطبها إلا بالتعريض دون التصريح، حرم عليها أن تجيبه إلا بالتعريض دون التصريح ليكون جوابها مثل خطبته.

فصل: وإذا حل التعريض لها بالخطبة، جاز سراً وجهراً، وقال داود وطائفة من أهل الظاهر: لا يجوز أن يعرض لها بالخطبة سراً حتى يجهر، استدلالاً بقوله تعالى: ﴿وَلَٰكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾[2]. وهذا خطأ لأن التعريض لما حل اقتضى أن يستوي فيه السر والجهر.

فأما قوله: ﴿وَلَٰكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾[3] ففيه لأهل التأويل أربعة أقاويل:

---

(١) من حديث فاطمة بنت قيس المتقدم.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٣٥،

سورة البقرة، الآية: ٢٣٥.

أحدها: أنه الزنى، قاله: الحسن، والضحاك، وقتادة، والسدي[١].

والثاني: أن لا تنكحوهن في عددهن سراً، قاله: عبد الرحمن بن زيد[٢].

والثالث: لا تأخذوا عهودهن في عددهن أن لا ينكحن غيركم، قاله: ابن عباس وسعيد بن جبير، والشعبي[٣].

والرابع: أنه الجماع قاله الشافعي[٤]، وسمي سراً لأنه يسر ولا يظهر، واستشهد الشافعي بقول: امرىء القيس[٥].

ألا زعمت بسباسة اليوم أنني كبرت وأن لا يُحسِنُ السرَّ أمثالي

كذبَتْ لقد أصبى، على المرء عرسه وأمنع عرسي أن يزن، بها الخالي[٦]

وقال آخر[٧].

ويحرم سر جارتهم عليهم ويأكل جارهم أنف القصاع

ومواعدته لها بالسر الذي هو الجماع بأن يقول لها: أنا كثيرُ الجماعِ، قويُّ الانعاظ. فحرم الله ذلك لفحشه، وإنه ربما أثار الشهوة فلم يؤمن معه مواقعه الحرام.

وقد روى ابن لهيعة، عن درَّاج، عن أبي الهيثم، عن أبي سعيد الخدري، عن النبيّ ﷺ أنّه نهَى عن السّباع... يعني: المفاخرة بالجماع[٨].

فصل: فلو أن رجلاً صرح بخطبة معتدة وتزوجها بعد انقضاء العدة، كان النكاح جائزاً

---

(١) راجع: تفسير ابن كثير: ١/ ٢٨٧ والدر المنثور للسيوطي: ١/ ٦٩٦، وتفسير القرطبي: ٢/ ١٩١، وتفسير الطبري: ٢/ ٣٢٣.

(٢) راجع: تفسير القرطبي: ٣/ ١٩١.

(٣) راجع: تفسير القرطبي: ٣/ ١٩٠، والطبري: ٢/ ٣٢٤، وابن كثير: ١/ ٢٨٧، والدر المنثور: ١/ ٦٩٦.

(٤) راجع أحكام القرآن للشافعي: ١/ ١٩٠.

(٥) امرؤ القيس الشاعر الجاهلي. سبق التعريف به، وبسباسة إسم امرأة، والسرّ: هو الجماع.

(٦) صبا يصبو، أي يميل. ويزن: يتّهم. والخالي: الذي لا زوجة له.

(٧) الشاعر: هو جرول بن أوس، أبو مليكة، وتعقبه الحطيئة من الشعراء المخضرمين. راجع: الشعر والشعراء: ١/ ٢٣٨.

(٨) حديث أبي سعيد الخدري: أخرجه أحمد: ٣/ ٢٩، وأبو يعلى في مسنده: ٢/ ٥٢٩، وفي لفظة: «الشياع». وهو مصحّف لأنه بالسين المهملة، والباء الموحدة، قال الهيثمي: فيه درّاج وثقة ابن معين وضعّفه ابن عدي وأحمد.

وإن أثم بصريح الخطبة . قال مالك : يفرق بينهما بطلقة ، ثم يستأنف العقد عليها .

وهذا خطأ ، لأن ما قدمه قبل العقد من قول محظور كالقذف ، أو فعل محظور كإظهار سوأته ، أو تجرده عن ثيابه ، لا يمنع من صحة العقد وإن أثم به ، كذلك التصريح بالخطبة . والله أعلم .

بابُ النَّهْيِ أَنْ يَخْطُبَ الرَّجُلُ عَلَىٰ خِطْبَةِ أَخِيهِ[١]

قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (أخبرنا مالكٌ، عن نافع، عن ابن عمر أن النبيّ ﷺ قال: «لا يخطُبُ أحدُكم على خطبةِ أخيه»)[٢].

قال الماوردي: وهذا صحيح، وقد روى أبو الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا يخطبُ أحدُكم على خطبة أخيه، حتى ينكحَ أو يتركَ»[٣] وهذان الحديثان صحيحان، وليس النهيُ فيهما محمولاً على الظاهر من تغيير حال المخطوبة. فإذا خطب رجل امرأة، لم يخل حالها من أربعة أقسام:

أحدهما: إما أن تأذن له في نكاحها، فيحرم بعد إذنها على غيره من الرجال أن يخطبها، لنهيه ﷺ عنه حفظاً للألفة، ومنه الفساد، وحسماً للتقاطع. وسواء كان الأول كفواً، أو غير كفء. وقال الماجشون: إن كان الأول غير كفء لم يحرم على غيره من الأكفاء خطبتها، بناء على أصله: في أن نكاح غير الكفء باطل، وإن تراضى به الأهلون. وقد تقدم الدليل على صحة نكاحه.

فإن رجع الأول عن خطبته، أو رجعت المرأة عن إجابته، ارتفع حكم الأذن، وعادت إلى الحال الأولى في إباحة خطبتها لحديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا يخطبُ أحدُكم على خطبة أخيه حتى ينكحَ أو يترك»[٤].

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧١.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٧١، وحديث ابن عمر أخرجه مالك في الموطأ: ٢/٥٢٣ ومن طريقه أخرجه الشافعي في الرسالة ص: ٣٠٧ والطحاوي: ٣/٣، والبيهقي: ٧/١٧٩.
وأخرجه مسلم في النكاح (١٤١٢) (٥٠)، وأبو داود (٢٠٨١) والترمذي (١٢٩٢)، والنسائي: ٦/٧١، وأحمد: ٢/١٤٢ و١٥٣. والبخاري في النكاح (٥١٤٢) بلفظ: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه، حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب».

(٣) حديث أبي هريرة: أخرجه البخاري في النكاح (٥١٤٤)، والنسائي: ٦/٧٢، والبيهقي: ٧/١٨٠، وأحمد: ٢/٢٧٤ و٤٨٧، ومالك: ٢/٥٢٣ بلفظ «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه».

(٤) حديث أبي هريرة: سبق تخريجه.

والقسم الثاني: أن ترد خاطبها وتمنع من نكاحه، فيجوز لغيره من الرجال أن يخطبها، لأن المقصود بالنهي عن الخطبة رفع الضرر والمنع من التقاطع. فلو حمل النهي على ظاهره فيمن لم تأذن له، حلَّ الضرر عليها.

والقسم الثالث: أن يمسك عن خطبتها فلا يكون منها إذن ولا رضى، ولا يكون منها رد ولا كراهة، فيجوز خطبتها. وإن تقدم الأول بها لحديث فاطمة بنت قيس المخزومية: أن زوجها أبا عمرو بن أمية بتَّ طلاقها. فقال لها النبيّ ﷺ: **«إذا حَلَلْتِ فآذنيني»** فلما حلَّت جاءَت إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسولَ الله قد خطبني معاويةُ وأبو جَهْم، فقال النبيّ ﷺ: **«أما معاويةُ فصُعلوكٌ لا مالَ له، وأما أبو جَهْم فلا يَضَعُ عصاهُ عن عاتِقِه»**[١].

وروى عطاء، عن عبد الرحمن بن عاصم، عن فاطمة بنت قيس، أن النبي ﷺ قال لها: **«أما أبو جَهْم فأخافُ عليك قسقاسته، وأما معاوية فرجل أخلقُ من المال ـ أما القسقاس فهي العصا، وأما الأخلق من المال فهو الخلو منه ـ انكحي أسامة بن زيد»**، قالت: فكرهْتُهُ ثم أطعْتُ رسولَ الله ﷺ، فنكحتهُ، فرزقْتُ منه خيراً واغتبطْتُ به[٢]. فكان الدليل من هذا الحديث على وجهين:

أحدهما: إن أحد الرجلين قد خطبها بعد صاحبه، فلم يذكر النبي ﷺ تحريمه.

والثاني: أن النبي ﷺ قد خطبها لأسامة بعد خطبتها، فدل على أن الإمساك عن الإجابة لا يقتضي الخطبة.

والقسم الرابع: أن يظهر منها الرضى بالخاطب ولا تأذن في العقد، بأن يقدر صداقها. أو تشترط ما تريده من الشروط لنفسها، ففي تحريم خطبتها قولان:

أحدهما: وبه قال في القديم، وهو مذهب مالك: إنها تحرم خطبتها بالرضا، استدلالاً بعموم النهي.

والقول الثاني: وبه قال في الجديد: إنه لا تحرم خطبتها بالرضا حتى تصرح بالإذن، لأن الأصل إباحة الخطبة ما لم تتحقق شروط الحظر.

فعلى هذا، إن اقترن برضاها إذن الولي فيه، نظر: فإن كانت ثيباً لا تزوج إلا بصريح

---

(١) حديث فاطمة: سبق تخريجه.

(٢) حديث فاطمة: سبق تخريجه، وهو عند أحمد: ٦/ ٤١٤.

الإذن لم تحرم خطبتها، وإن كانت بكراً يكون الرضا والسكوت منها إذناً حرمت خطبتها برضاها وإذن وليها.

وها هنا قسم خامس وهو: أن يأذن وليها من غير أن يكون منها إذن أو رضى. فإن كان هذا الولي ممن يزوج بغير إذن كالأب والجد مع البكر، حرمت خطبتها بإذن الولي. وإن كان ممن لا يزوج إلا بإذن، لم تحرم خطبتها بإذن الولي حتى تكون هي الآذنة فيه.

فصل: فإذا ثبت تحريم خطبتها على ما وصفنا من أحكام هذه الأقسام، فأقدم رجل على خطبتها مع تحريمه عليها وتزوجها، كان آثماً بالخطبة، والنكاح جائز. وقال داود: النكاح باطل. وقال مالك: يصح بطلقة، استدلالاً بأن النهي يقتضي فساد المنهى عنه. ولقول النبيّ ﷺ: «مَنْ أدخلَ في ديننا ما ليسَ منه فهو ردٌّ»[1]. وبقوله ﷺ: «مَنْ عَمِلَ ما ليسَ عليه أمرُنا فهو ردٌّ»[2].

والدليل على صحة النكاح هو: ما تقدم من العقد غير معتبر فيه، فلم يؤثر في فساده، لأن النهي إذا كان لمعنى في غير المقصود عليه لم يمنع من الصحة، «كالنهي عن أن يسومَ الرّجُلُ على سَوْمِ أخيهِ، وأن يبيعَ حاضِرٌ لبادٍ»[3].

فأما الاستدلال بالخبرين فيقتضي رد ما توجه إليه النهي وهو الخطبة دون العقد.

فصل: فأما حديث فاطمة بنت قيس، ففيه دلائل على أحكام منها ما ذكرناه: من أن السكوت لا يقتضي تحريم الخطبة. ومنها: جواز ذكر ما في الإنسان عند السؤال عنه، لأن النبي ﷺ قال في معاوية: إنه صعلوك لا مالَ له[4] والتَّصَعلكُ التمحُّل والاضطراب في الفقر.

قال الشاعر:

---

(١) حديث عائشة: «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو ردّ». أخرجه البخاري في الصلح (٢٦٩٧)، ومسلم في الأقضية (١٧١٨) (١٧)، وأبو داود (٤٦٠٦)، وابن ماجة (١٤)، والبغوي (١٠٣)، وأحمد: ٦/ ٧٣ و٢٤٠ والطيالسي (١٤٢٢)، والبيهقي: ١٠/ ١١٩ والدارقطني: ٤/ ٢٢٤ و٢٢٥.

(٢) حديث عائشة: أخرجه مسلم في الأقضية (١٧١٨) (١٨) بلفظ: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو ردّ»، وأحمد: ٦/ ١٤٦، والبيهقي: ١٠/ ١١٩، والدارقطني: ٤/ ٢٢٥.

(٣) حديث أبي هريرة: «لا يستام الرجل على سوم أخيه، ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه، ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفىء ما في صفحتها». ونهى أن يبيع حاضر لبادٍ... تقدّم في البيوع.

(٤) حديث فاطمة: سبق تخريجه.

عنينا زماناً بالتصعلك والغنى وكلاً سقاناه بكأسيهما الدهر
فما زادنا بغياً على ذي قرابة غنانا ولا أزرى بأحسابنا الفقر[(١)]

وقال في أبي جهم: «لا يضَعُ عصاه عن عاتِقِه»[(٢)] وفيه ثلاث تأويلات.

أحدها: أنه أراد به كثرة ضربه لأهله.

والثاني: أنه أراد به كثرة أسفاره، يقال لمن سافر: قد أخذ عصاه، ولمن أقام: قد ألقى عصاه. وقال الشاعر:

فألقت عصاها واستقر بها النوى كما قر عيناً بالإياب المسافر[(٣)]

الثالث: أنه أراد به كثرة تزوجه، لتنقله من زوجة إلى أخرى، كتنقل المسافر من مدينة إلى أخرى.

ومن دلائل الخبر أيضاً، جواز الابتداء بالمشهورة من غير استشارة، فإن النبي ﷺ أشار بأسامةَ من غير أن تسأله عنه.

ومنها: أن طلاق البت مباح، لأن النبي ﷺ ما أنكره في فاطمة حين أخبرته.

ومنها: جواز خروج المعتدة في زمان عدتها، لأنها خرجت إليه فأخبرته بطلاقها فقال لها: «إذا حَلَلْتِ فآذنيني».

ومنها: جواز كلام المرأة وإن اعتدت، وإن كلامها ليس بعورة.

ومنها: جواز نكاح غير الكفء لأنها في صميم قريش من بني مخزوم، وأمرها أن تتزوج أسامة وهو مولى، إلى غير ذلك من سقوط نفقة المبتوتة، ووجوب نفقة الرجعية على ما سنذكره إن شاء الله تعالى.

---

(١) صاحب البيتين هو الشاعر الجاهلي: حاتم بن عبد الله الطائي. راجع: الشعر والشعراء: ١/ ١٦٤.

(٢) حديث فاطمة بنت قيس، سبق تخريجه.

(٣) صاحب البيت الشعري، هو الشاعر: راشد بن عبد ربه السلمي، كما في الإصابة لابن حجر: ١/ ٤٩٥.

بابُ نِكَاحِ الْمُشْرِكِ وَمَنْ يسْلم وَعِنْدَهُ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَع(١)

قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (أخبرنا إسماعيلُ بنُ إبراهيم، عن مَعْمَر، عن الزهري، عن سالم، عن أبيه: أنَّ غَيْلان أسلمَ وعنده عشرُ نِسْوةٍ فقال له النبيّ ﷺ: «أَمْسِكْ أربعاً وفارِقْ سائرَهُنَّ» إلى آخر الفصل)(٢).

قال الماوردي: وهذا كما قال. الأصل: تحريم التناكح بين المسلمين والمشركين، لقول الله تعالى: ﴿وَلاَ تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ وَلأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلاَ تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ﴾(٣)، وقال تعالى: ﴿وَلاَ تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾(٤)، وقال تعالى: ﴿فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِناتٍ فَلاَ تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لاَ هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلاَ هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾(٥)، وقال النبيّ ﷺ: «أنا بريء من كلِّ مسلم مع مُشْرِكٍ»(٦)، وإذا كان كذلك، فالمسلمة لا تحل لكافر بحال، سواء كان الكافر كتابياً أو وثنياً.

---

(١) في مختصر المزني: باب نكاح المشرك، ومن أسلم وعنده أكثر من ربع ممن هذا، ومن كتاب التعريض بالخطبة.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٧١، وتتمّة الفصل: «وروي أن النبي ﷺ قال لرجل يقال له: الديلمي، أو ابن الديلمي، أسلم وعنده أختان: «إختر أيهما شئت وفارق الأخرى». وقال لنوفل بن معاوية وعنده خمس: «فارقْ واحدة، وأمسك أربعاً» قال: فعمدتُ إلى أقدمهنّ ففارقتُها. قال الشافعي رحمه الله وبهذا أقول، ولا أبالي أكنّ في عقدة واحدة، أو في عقد متفرقة، إذا كان من يمسك منهنّ يجوز أن يبتدىء نكاحها في الإسلام ما لم تنقص العدة قبل اجتماع إسلامهما، لأن أبا سفيان وحكم بن حزام أسلما قيل: ثم أسلمت امرأتاهما، فاستقرّت كل واحدة منهما عند زوجها بالنكاح الأول، وأسلمت امرأة صفوان وامرأة عكرمة، ثم أسلما، فاستقرّتا بالنكاح، وذلك قبل انقضاء العدة». وحديث ابن عمر سبق تخريجه.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٢١.

(٤) سورة الممتحنة، الآية: ١٠.

(٥) سورة الممتحنة، الآية: ١٠.

(٦) سبق تخريجه.

فأما المسلم فيحل له من الكفار الكتابيات من اليهوديات والنصرانيات على ما ذكرنا، ويحرم عليه ما عداهن من المشركات.

فأما إذا تناكح المشركون في الشرك فلا اعتراض عليهن فيها، فإن أسلموا عليها فمنصوص الشافعي في أكثر كتبه: جواز مناكحهم، وإقرارهم عليها بعد إسلامهم[١]، لأن النبي ﷺ أقرَّ من أسلم على نكاح زوجته. وروى داود بن الحُصين، عن عِكْرمة، عن ابن عباس، قال: ردَّ رسولُ الله ﷺ بنته زينبَ، على أبي الْعَاص بن الربيع، بالنِّكاح الأوّلِ ولم يحدثْ شيئاً[٢].

وقال الشافعي في بعض كتبه: مناكحهم باطلة. وقال في موضع آخر: إنها معفو عنها، فغلط بعض أصحابنا، فخرج اختلاف هذه النصوص الثلاثة على ثلاثة أقاويل، والذي عليه جمهورهم: أنه ليس ذلك لاختلاف أقاويلهم، ولكنه لاختلاف أحوال مناكحهم، وهي على ثلاثة أقسام: صحيحة، وباطلة، ومعفو عنها.

فأما الصحيح منها، فهو أن يتزوج الكافر الكافرة بولي وشاهدين بلفظ النكاح وليس بينهما نسب يوجب التحريم، فهذا النكاح صحيح. فإذا أسلموا عليه أقروا عليه، وهو الذي أراده الشافعي بالصحة.

فأما الباطل منها، فهو أن يتزوج في الشرك بمن تحرم عليه بنسب أو رضاع أو مصاهرة، فهذا النكاح باطل، فإذا أسلموا عليه لم يقروا. وكذلك لو نكحها بخيار مؤبد، وهذا الذي أراده الشافعي بأنه باطل.

وأما المعفو عنه، فهو أن يتزوج من لا تحرم عليه نسب ولا رضاع، ولا مصاهرة بما يرونه نكاحاً من غير ولي ولا شهود، ولا بلفظ نكاح، ولا تزويج، فهذا معفو عنه. فإذا أسلموا أقروا عليه، لأن رسول الله ﷺ لم يكشف عن مناكح من أسلم من المشركين، وهو الذي أراده الشافعي: بأنه معفو عنه والله أعلم.

فصل: فإذا تقرر جواز مناكحهم، فلهم إذا حدث بينهم إسلام حالتان:

---

(١) راجع الأم باب الحربي يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة: ٤٠/ ٢٦٥.

(٢) حديث ابن عباس: أخرجه أبو داود في الطلاق (٢٢٤٠) وقال محمد بن عمرو في حديثه: بعد ست سنين، وقال الحسن بن علي: بعد سنتَين. والبيهقي: ١٨٧/٧، والحاكم: ٢/ ٢٠٠، ووافقه الذهبي على تصحيحه.

إحداهما: أن يسلم الزوجان معاً.

والحالة الثانية: أن يسلم أحدهما.

فإن أسلم الزوجان معاً، فإن لم يكن للزوج أكثر من أربع زوجات بل كان له أربع فما دون وأسلمن كلهن معه في حالة واحدة، ثبت نكاحهن كلهن سواء كان إسلامه وإسلامهن قبل الدخول، أو بعده. وإن كان له خمس زوجات فما زاد وقد أسلم جميعهن بإسلامه، كان له أن يختار من جملتهن أربعاً، سواء نكحهن في الشرك في عقد واحد، أو في عقود، وسواء أمسك الأوائل أو الأخر، وينفسخ نكاح البواقي بغير طلاق. وبمثل قولنا قال مالك، ومحمد بن الحسن، وأبو ثور، إلا أن مالكاً قال: لا ينفسخ نكاح البواقي بعد الأربع إلا بطلاق.

وهكذا لو نكح في الشرك أختين ثم أسلمتا معاً، أمسك أيتهما شاء، وانفسخ نكاح الأخرى بغير طلاق عندنا، وبطلاق عند مالك.

وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف: لا اعتبار بخياره، وإنما الاعتبار بعقده. فإن تزوج في الشرك عشراً في عقد واحد، ثم أسلمن معه، بطل نكاح جميعهن. فإن تزوجهن في عقود ثبت نكاح الأربع الأوائل، وبطل نكاح من بعدهن من الأواخر، اعتباراً بنكاح المسلم.

وهكذا لو نكح أختين وأسلمتا معه، نظر: فإن كان قد نكحها في عقد واحد بطل نكاحهما، وإن كان في عقدين ثبت نكاح الأولى منها، وبطل نكاح الثانية. وقال الأوزاعي: إن نكحهن في عقود ثبت نكاح الأربع الأوائل، وإن نكحهن في عقد واحد لم يبطل نكاحهن، واختار منهن أربعاً.

واستدل أبو حنيفة بما روي: أن النبيّ ﷺ بعث معاذاً، إلى اليمن قال: «**ادعُهم إلى شهادةِ أنْ لا إله إلا الله، فإنْ أجابُوكَ علِّمْهُمْ أنَّ لهم ما للمسلمينَ، وعليهم ما على المسلمين**»[1] ثم ثبتَ أن المسلم لو نكحَ خمساً في عقدٍ بطل نكاحهن، ولو نكحهن في عقود ثبت نكاح الأربع الأوائل، وبطل نكاح من بعدهن من الأواخر.

---

(١) حديث ابن عباس: تقدّم في الصلاة، والزكاة. وفيه: «إنك ستأتي قوماً أهل كتاب، فإذا جئتهم فادعُهم إلى أن يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، فإذا هم أطاعوا لك بذلك، فأخبرهم أن الله فرض عليهم خمس صلوات في كل يوم وليلة، فإن هم أطاعوا لك بذلك، فأخبرهم أن الله فرض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فتردّ على فقرائهم، فإن أطاعوا لك بذلك، فإياك وكرائم أموالهم...» أخرجه البخاري =

كذلك نكاح المشرك إذا أسلم، قال: ولأنه تحريم جمع فوجب أن لا يثبت فيه خيار، قياساً على إسلام المرأة مع زوجين. قال: ولأنه تحريم يستوى فيه الابتداء والاستدامة، فوجب أن يستوي فيه المسلم والكافر، قياساً على تحريم ذوات المحارم. قال: ولأنه عقد رواه الشافعي في صدر الباب: أن غيلانَ، أسلم وأسلمَ معه عشرُ نسوة فقال له النبيّ ﷺ: «أمْسِكْ أربعاً وفارِقْ سائِرَهُنَّ»[1] فأطلقَ لهُ النبيّ ﷺ إمساكَ أربع منهن، ولم يسأله عن عقودهن، فدل على أنه قد رد ذلك إلى اختياره فيهن. بل قد روي أن غيلان بن سلمة، قال: «فكنتُ مَنْ أريدُها أقولُ لها: أقبِلي، ومَنْ لا أريدُها أقولُ لها: أدْبري وهي تقولُ: بالرّحِم بالرَّحم»[2]، وهذا نص صريح في تمسكه بمن اختار، لا بمن تقدم.

وروي عن نوفل بن معاوية أنه قال: أسلمْتُ وعندي خمسُ نسوةٍ، فذكرْتُ ذلك للنبي ﷺ فقال: «أمْسِكْ أربعاً وفارِقْ واحدةً» قال: فعمدْتُ إلى أقدمهنَّ صحبةً ففارقْتُها، ورُوي إلى أقدمِهِنَّ عندي ففارقْتُها[3] فدلّ على جواز إمساك الأواخر دون الأوائل.

وروى الضحاك بن فيروز الديلمي، عن أبيه، قال: أسلمْتُ وتحتي أختان، فقال النبيّ ﷺ: «أمسِكْ أيتهما شِئْتَ وفارِقِ الأُخْرى»[4].

وروي أن رجلاً من بني أسد أسلمَ وتحتَهُ ثمانُ نسوةٍ فقال له النبي ﷺ: «إخْتَرْ منهن

= في الزكاة (١٣٩٥) و(١٤٥٨) و(١٤٩٦)، والمظالم (٢٤٤٨)، والمغازي (٤٣٤٧)، والتوحيد (٧٣٧١) (٧٣٧٢)، ومسلم في الإيمان (٢٩) (٣١)، وأحمد: ١/ ٢٣٣، وأبو داود (١٥٨٤)، والترمذي (٦٢٥)، والنسائي: ٥/ ٢، وابن ماجة (١٧٨٣)، والدارمي: ١/ ٣٧٩ و٣٨٤، والبغوي (١٥٥٧)، والدارقطني: ٢/ ١٣٦، والبيهقي: ٤/ ١٠١.

(١) سبق تخريجه.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور (١٨٦٥) عن الكلبي، عن حميضة بن الشمرذل، عن الحارث بن قيس قال: قلت يا رسول الله، أسلمتُ وأسلمن معي، هاجرتُ وهاجرن معي فقال. . . وقال الكلبي: وثنا أبو صالح، عن ابن عباس عن الحارث بن قيس مرفوعاً مثله. وأخرجه البيهقي: ٧/ ١٨٣، والكلبي محمد بن السائب مشهور بالكذب، وقالوا: متروك.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) حديث الضحاك بن فيروز، عن أبيه أخرجه أبو داود في الطلاق (٢٢٤٣) والترمذي في النكاح (١١٢٩) و(١١٣٠) وقال: هذا حديث حسن. وابن ماجة (١٩٥٠) و(١٩٥١) وأحمد: ٤/ ٢٣٢، والبيهقي: ٧/ ١٨٤ ـ ١٨٥، والدارقطني: ٣/ ٢٧٣، وعبد الرزاق (١٢٦٢٧)، والشافعي في مسنده: ٢/ ١٦.

أربعاً»، قال: فاخترْتُ منهن أربعاً[(١)]، وكل هذه الأخبار نصوص في التخيير.

ومن طريق القياس: أن كل امرأة حل له ابتداء العقد عليها في الإسلام، حل له المقام عليها في الإسلام بالعقد الناجز في الشرك، قياساً على النكاح بغير شهود.

وقولنا: بعقد ناجز، احتراز من نكاحهما في الشرك بخيار مؤبد، ولأنه عدد يجوز له ابتداء العقد عليهن، فجاز له إمساكهن كالأوائل.

ومن الاستدلال: أنه لو تزوج في الشرك بأختين واحدة بعد الأخرى. ثم ماتت الأولى وأسلمت معه الثانية، جاز له إمساكها، فكذلك إذا كانت الأولى باقية. ولأنه لما جاز أن يستديم المقام في الإسلام على عقد نكاح في الشرك، لا يجوز أن يتبدىء مثله في الإسلام، وهو أن يكون قد نكحها بغير شهود جاز مثله في جمع العدد، وفي الأواخر.

فأما الجواب عن استدلالهم بالخبر، فنحن نقول بموجبه، لأننا نحرم عليه الزيادة على أربع كالذي لم يزل مسلماً.

فأما قياسهم على المرأة إذا أسلمت مع زوجين تعليلاً بأنه تحريم جمع،فالتعليل غير مسلم، لم يحرم على المرأة الزوج الثاني بعد الأول لأجل الجمع، ولكن لأن الأول قد ملك بضعها فصارت عاقدة مع الثاني على ما قد ملكه الأول عليها، فجرى مجرى من باع ملكاً ثم باعه من آخر، بطل البيع الثاني لا لأجل الجمع، ولكن لعقده على ما قد خرج عن ملكه، كذلك نكاح الزوج الثاني. وخالف نكاح الخامسة، لأنها غير مملوكة البضع كالرابعة.

وأما قياسهم على ذوات المحارم، فالمعنى فيهن: أنه لما حرم ابتداء العقد عليهن، حرم استدامة نكاحهن، وليس كذلك الأواخر.

وأما قياسهم على المسلم فالمعنى فيه: أن عقود المسلم أضيق حكماً وأغلظ شرطاً من عقود المشرك، ألا تراه لو نكح في عدة أو بغير شهود بطل، ولو أسلم المشرك عليه أقر كذلك الأواخر؟.

---

(١) حديث حميضة بن الشمردل، عن قيس بن الحارث أو الحارث بن قيس. أخرجه الدارقطني: ٣/ ٢٧٠ ـ ٢٧١، وأبو داود (٢٢٤٢)، وابن ماجة (١٩٥٢)، والبيهقي: ٧/ ١٨٣، وسعيد بن منصور (١٨٦٣) و(١٨٦٤) و(١٨٦٥) وفي إسناده: ابن أبي ليلى محمد بن عبد الرحمن، ضعّفه غير واحد من الأئمة.

فصل: فأما الحال الثانية وهو: أن يسلم أحد الزوجين، فينظر: فإن أسلم الزوج وزوجته كتابية فالنكاح بحاله، لأنه يجوز أن يبتدىء نكاحها في الإسلام، فجاز أن يستديم نكاحها في الشرك.

وإن كانت زوجته وثنية، أو أسلمت الزوجة وكان زوجها كتابياً أو وثنياً، فكل ذلك سواء، لأن الجمع بينهما بعد الإسلام أحدهما محرم. وإذا كان ذلك نظر في إسلام أحدهما: فإن كان قبل الدخول بطل النكاح، وإن كان بعده كان موقوفاً على انقضاء العدة فإن أسلم المتأخر في الشرك منهما قبل انقضائها، كانا على النكاح. وإن لم يسلم حتى انقضت، بطل النكاح. وسواء تقدم بالإسلام الزوج أو الزوجة، وسواء كان الإسلام في دار الحرب أو دار الإسلام.

وقال مالك: إن تقدمت الزوجة بالإسلام، كان الحكم على ما ذكرنا إن كان قبل الدخول بطل النكاح، وإن كان بعده وقف على انقضاء العدة، وإن تقدم الزوج بالإسلام كان النكاح باطلاً، إلا أن تسلم الزوجة بعدة بزمان يسير كيوم أو يومين. وقال أبو حنيفة: إذا أسلم أحدهما فلهما ثلاثة أحوال:

ـ حال يكونان في دار الحرب.

ـ وحال يكونان في دار الإسلام.

ـ وحال يكون أحدهما في دار الحرب، والآخر في دار الإسلام.

فإن كانا في دار الحرب فأسلم أحدهما، فالنكاح موقوف على انقضاء العدة، سواء كان قبل الدخول أو بعده. وإن كانا في دار الإسلام فأسلم أحدهما، كان النكاح موقوفاً على الأبد قبل الدخول وبعده. إلا أن يعرض الإسلام على المتأخر في الشرك فيمتنع، فيوقع الحاكم الفرقة بطلقة. وإن كان أحدهما في دار الحرب، والآخر في دار الإسلام، فإسلام من حصل الدخول في دار الإسلام يوجب لفسخ النكاح في الحال قبل الدخول وبعده من غير وقف، وسواء المسلم هو الزوج أو الزوجة.

وقال داود، وأبو ثور: إسلام أحدهما دون الآخر موجب لفسخ النكاح في الحال من غير وقف على أي حال كان إسلامه، وفي أي مكان كان.

فأما مالك فاستدل لمذهبه بقول الله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ فوجب

أن يحرم على المسلم التمسك بعصمة كافرة، ولأن إسلام أحد الزوجين إذا كان مؤثراً في الفرقة كان معتبراً بإسلام الزوج دون الزوجة، لأن الفرقة إلى الرجال دون النساء.

والدليل عليه ما روي أن أبا سفيان، وحكيم بن حزام، أسلما على يد رسول الله ﷺ بمرِّ الظّهران، وزوجتاهُما في الشِّرْك بمكة، فأنفذَ رسولُ الله ﷺ أبا هريرة إلى هندٍ زوجة أبي سفيان، فقرأ عليها القرآنَ وعرضَ عليها الإسلام فأبَتْ ثم أسلمَتْ زوجة حكيم بن حزام، على يد رسول الله ﷺ فأقرَّهُما على النّكاح[1] مع تقدُّم إسلام الزوجين، ولأن حظر المسلمة على الكافر أغلظ من حظر الكافرة على المسلم، لأن المسلمة لا تحل لكتابي، والمسلم تحل له الكتابية، فلما لم يتعجل فسخ نكاح المسلمة مع الكافر، فأولى أن لا يتعجل فسخ نكاح الكافر مع المسلمة.

فأما الآية فلا دليل له فيها، لأنه ممنوع أن يتمسك بعصمتها في الكفر، وإذا تمسك بعصمتها بعد الإسلام.

وأما استدلاله بأن الفرقة إلى الزوج دون الزوجة، فذاك في فرقة الاختيار التي يوقعها المالك بالطلاق، فأما فرقة النسوخ فيستوي فيه الزوجان.

فصل: فأما أبو حنيفة فاستدل على وقوع الفرقة باختلاف الدارين من غير توقف، بقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾[2] فاقتضى أن تحرم عليه بالإسلام، سواء أسلم بعدها أو لم يسلم.

وبرواية عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: أن زينب بنت رسول الله ﷺ هاجرت إليه، وتخلف زوجها، أبو العاص بن الربيع، كافراً بمكة، ثم أسلم، فردَّها إليه بنكاحٍ جديد[3]، فدل على وقوع الفرقة باختلاف الدارين.

---

(١) رواه المزني في المختصر، ص: ١٧١، والشافعي في الأم باب فسخ نكاح الزوجين يسلم أحدهما: ٥/ ٤٤، قال: أخبرنا جماعة من أهل العلم من قريش وأهل المغازي. . . والبهقي في السنن: ٧/ ١٨٦ عن الشافعي.

(٣) سورة الممتحنة، الآية: ٩.

(٤) حديث عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جدّه أخرجه الترمذي في النكاح (١١٤٢) وقال: هذا حديث في إسناده مقال، وابن ماجة (٢٠١٠)، وأحمد: ٢/ ٢٠٧ ـ ٢٠٨ وعبد الرزاق (١٢٦٤٨)، والبيهقي: ٧/ ١٨٨ وقال: قال الدارقطني: هذا لا يثبت، وحجاج لا يحتجّ به، والصواب حديث ابن عباس. وحكى

قال: ولأن اختلاف الدار بهما حكماً وفعلاً يوجب وقوع الفرقة بينهما، قياساً على سبي أحدهما واسترقاقه. قال: ولأن دار الحرب دار غلبة وقهر، لأن من غلب فيها على شيء ملكه. ألا ترى لو غلب العبد سيده على نفسه صار العبد حراً، وصار السيد له عبداً؟ ولو غلبت المرأة زوجها على نفسه بطل نكاحها، وصار الزوج لها عبداً، فاقتضى أن تصير الزوجة بإسلامها إذا هاجرت من دار الحرب متغلبة على نفسها، فوجب أن يبطل نكاحها.

والدليل على أن اختلاف الدارين لا يوجب وقوع الفرقة بإسلام أحد الزوجين، ما روي أن أبا سفيان، وحكيم بن حزام أسلما بمرِّ الظّهرانِ وهي بحلول رسول الله ﷺ فيها واستيلائه عليها دار إسلام، وزوجتاهما على الشرك بمكة وهي إذ ذاك دارُ حربٍ، ثم أسلمَتَا بعد الفتحِ، فأقرَّهُما رسول الله ﷺ[1].

فإن قيل: مر الظهران من سواد مكة وتابعة لها في الحكم، فلم يكن إسلامها إلا في دار واحدة فعنه جوابان:

أحدهما: أن مر الظهران دار لخزاعة، محازة عن حكم مكة، لأن خزاعة كانت في حلف النبي ﷺ، وكانت بنو بكر في حلف قريش، ولنصرة النبيّ ﷺ لخزاعة سار إلى قريش بمكة.

والجواب الثاني: أن مر الظهران لو كان من سواد مكة جاز أن ينفرد عن حكمها باستيلاء الإسلام عليه، كما لو فتح المسلمون سواد بلد من دار الحرب، صار ذلك السواد دار إسلام، وإن كان البلد دار حرب.

ويدل على ذلك ما روي أن النبي ﷺ لما دخل مكة عام الفتح، هرب صفوانُ بن أمية إلى الطائفِ، وهرب عِكْرِمةُ بن أبي جهل إلى ساحل البحر مشركين، فأسلمت زوجتاهُما بمكة، وكانت زوجةُ صفوان برزة بنت مسعود بن عمرو الثقفي، وزوجة عكرمة أم حكيم بنت الحارث بن هشام بن المغيرة، وأخذتا من رسول الله ﷺ أماناً لهما، فدخل صفوانُ من الطائف بالأمانِ وأقام على شركهِ، حتى شهد مع رسول الله ﷺ حنيناً، وأعاره سلاحاً، ثم أسلمَ. وعاد عكرمة من الساحل وقد عزم على ركوبه هرباً، فأسلمَ، فأقرَّهما رسول الله ﷺ

= أبو عبيد عن يحيى بن سعيد القطان: أن حجاجاً لم يسمعه من عمرو، وأنه من حديث محمد بن عبد الله العرزمي، عن عمرو، فهذا وجه لا يعبأ به أحد يدري ما الحديث.

(١) سبق تخريجه.

مع زوجتيهما[1] مع اختلاف الدارين بهما، لأن مكة كانت قد صارت بالفتح دار إسلام، وكانت الطائف والساحل دار حرب.

فإن قيل: هما من سواد مكة وفي حكمها، فالجواب عنه ما مضى.

ومن القياس: أن إسلامه بعد الإصابة، فوجب إذا اجتمعا عليه في العدة أن لا يقع به الفرقة، قياساً على اجتماع إسلامهما في دار الحرب. ولأن ما كانت البينونة به منتظرة، لم يؤثر فيه اختلاف الدارين كالطلاق الرجعي. وما كانت البينونة معجلة، لم يؤثر فيه اتفاق الدارين كالطلاق الثلاث، فوجب أن تكون الفرقة بالإسلام ملحقة بأحدهما.

فأما الجواب عن استدلالهم بالآية، فنحن نقول بموجبها، لأنها لا ترد المسلمة إلى الكافر، ولا تحلها له، ولا يتمسك بعصمة كافرة، وإنما نردها إلى مسلم ويتمسك بعصمة مسلمة.

وأما الجواب عن حديث زينب فمن وجهين:

أحدهما: ما رواه عكرمة، عن ابن عباس أن النبيّ ﷺ ردَّها عليه بالنكاح الأول[2].

والثاني: أنه يجوز أن يكون استأنف لها نكاحاً، لأنه أسلم بعد انقضاء العدة حين أسره أبو بصير بسيف البحر من الجار.

وأما قياسهم على السبي والاسترقاق، فليس المعنى فيه افتراق الدارين، وإنما هو حدوث الاسترقاق. ألا ترى أنه لو استرق أحدهما وهو في دار الحرب، بطل النكاح ولو استرقا معاً بطل النكاح؟ فصار السبي للإسلام على أن الفرقة بالاسترقاق غير منتظرة بحال، والفرقة بالإسلام منتظرة في حال، فافترقا.

وأما الاستدلال بأنها متغلبة على بضعها، فلا يصح لأن الأعيان تملك بالتغلب دون الأبضاع. ألا ترى أن مسلماً لو غلب على بضع مشركة، لم تصر زوجة، ولم يصر زوجاً، ولو تغلب على رقبتها صار ملكاً؟.

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ: ٢/ ٥٤٤، عن ابن شهاب هروب صفوان وإسلام زوجته من حديث طويل. والبيهقي: ٧/ ١٨٦، وعبد الرزاق (١٢٦٤٦). وابن حجر في الإصابة: ٢/ ١٨٧ ـ ١٨٨.
وأخرج مالك في الموطأ: ٢/ ٥٤٥ عن ابن شهاب قصة عكرمة، والبيهقي: ٧/ ١٨٧، وعبد الرزاق (١٢٦٤٦) و(١٢٦٤٧).

(٢) سبق تخريجه.

فصل: واستدل أبو حنيفة على أن إسلام أحدهما قبل الدخول لا يوجب تعجيل الفرقة، بأنه إسلام طرح على نكاح، فوجب أن لا يبطله قياساً على إسلامهما؛ ولأن الإسلام سبب يستباح به النكاح، لأن الكافر لا يستبيح المسلمة إلا أن يسلم، وما كان سبباً في إباحة المحظور لم يكن سبباً في حظر المباح.

ودليلنا عليه هو: أن اختلاف الدارين إذا منع من تأبيد المقام على النكاح تعجلت به الفرقة إذا كان قبل الدخول كالردة، ولأن كل سبب إذا وجد بعد الدخول لم تقع به الفرقة إلا بانقضاء العدة، وجب إذا وجد قبل الدخول أن تعجل به الفرقة كالطلاق الرجعي.

فأما قياسه على إسلامهما معاً، فلأنه يجوز، بإسلامهما تأبيد المقام على النكاح، فكان على صحته. وإسلام أحدهما يمنع تأبيد المقام، فتعجل به فسخ العقد، على أن القياس منتقض بالردة قبل الدخول. فإنه يقول: لو ارتدا معاً قبل الدخول كانا على النكاح، ثم لو أسلم أحدهما بطل النكاح.

وأما استدلاله بأن ما كان سبباً في الإباحة لم يكن سبباً في الحظر ففاسد بالطلاق، وهو سبب لتحريم المطلقة، وإباحة أختها، وسبب لإباحتها لغير مطلقها، وإن كان سبباً لتحريمها على مطلقها. ثم لما لم يمنع أن يكون الإسلام الذي هو سبب الإباحة سبباً لتحريم بعد انقضاء العدة، كذلك قبلها.

واستدل أبو حنيفة على أن إسلام أحدهما في دار الإسلام يوجب بقاء النكاح على الأبد، ما لم يعرض الإسلام على المتأخر منهما في الشرك. فإذا عرض عليه فامتنع، أوقع الحاكم الفرقة بطلقة، تعلقاً بأن الفرقة لا تكون إلا بالحادث وليس يخلو الحادث من ثلاثة أمور:

إما أن يكون لإسلام من أسلم، أو لكفر من تأخر، أو لحكم حاكم.

فلم يجز أن يكون للإسلام، لأنه مأمور به، فلم يكن سبباً لزوال ملكه. ولم يجز أن يكون للكفر، لأنه قد كان والنكاح بحاله، فلم يبق إلا أن يكون بحكم الحاكم، فاقتضى أن تتعلق الفرقة به تقدم الحكم أو تأخر. قال: ولأن إسلام أحد الزوجين لا يوقع الفرقة بينهما، كما لو أسلم زوج الكتابية.

ودليلنا هو: أن اختلاف الدين إذا منع ابتداء النكاح أوجب وقوع الفرقة من غير

حكم، قياساً على إسلام أحدهما في دار الحرب. ولأن دار الإسلام أغلظ في أحكام النكاح من دار الشرك، ثم كانت دارالشرك لا تراعي في وقوع الفرقة بإسلام أحدهما حكم الحاكم، فدار الإسلام بذلك أولى.

فأما الاستدلال الأول، فالجواب عنه: أن الفرقة إنما وقعت باختلاف الدين المانع من ابتداء النكاح، وليس من الأقسام المذكورة، فلم يصح الاستدلال بها.

وأما قياسه على إسلام أحد الزوجين، فالمعنى فيه: أنه لما لم يمنع ذلك من ابتداء النكاح، لأنه يجوز أن يتزوج المسلم كتابية، لم تقع الفرقة بإسلام الزوج الكتابي، وليس كذلك في مسألتنا، لأن لا يجوز أن يتزوج المسلم وثنية، ولا الوثني مسلمة، فجاز أن تقع الفرقة بإسلام أحد الوثنيين.

فصل: فإذا ثبت وتقرر أن النكاح بإسلام أحد الزوجين قبل الدخول باطل، وأنه بعد الدخول موقوف على انقضاء العدة، وأنه لا فرق بين تقدم إسلام الزوج أو الزوجة، بخلاف ما قاله مالك. وأنه لا فرق بين اختلاف الدارين واتفاقهما، بخلاف ما قاله أبو حنيفة. فإن الزوجة المدخول بها قبل اجتماع إسلامهما جارية في عدة الفرقة، فإن لم يسلم المتأخر منهما في الشرك حتى انقضت العدة بأن الفرقة وقعت بتقدم الإسلام، وحلت بعد انقضاء هذه العدة للأزواج.

وقال أبو حنيفة: ليست العدة عدة فرقة، وإنما هي عدة يعتبر بها صحة النكاح باجتماع الإسلام فيها، فإذا لم يجتمع إسلامهما وقعت الفرقة بانقضائها.

وهذا خطأ، لأنه لا يخلو من أن يوجب عليها بعد الفرقة عدة أخرى، أو لا يوجبها. فإن أوجب عليها عدة أخرى فقد ألزمها عدتين، وليست تجب على المفارقة إلا عدة واحدة. وإن لم يوجب عليها عدة أخرى، بطل قوله من وجهين:

أحدهما: أنه أوجب العدة قبل الفرقة، وأسقطها بعد الفرقة.

والثاني: أن العدة تجب: إما لاستبراء، أو فرقة. وقد أوجبها لغير استبراء، ولا فرقة.

وإذا صح ما ذكرنا من وقوع الفرقة بتقدم الإسلام، فطلقها في حال العدة، أو آلى منها، أو ظاهر، كان ذلك موقوفاً على ما يكون من اجتماع الإسلامين. فإن اجتمعا عليه في

العدة صح الإيلاء والظهار، لصحة النكاح ووقوعه فيه. وإن لم يجتمعا على الإسلام في العدة حتى انقضت، لم يصح الطلاق ولا الإيلاء ولا الظهار، لتقدم الفرقة عليه بالإسلام المتقدم، والله أعلم بالصواب.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وإنْ أسلمَ وقد نكحَ أمّاً وابنتهَا معاً، فدخلَ بها لم تحلَّ لهُ واحدةٌ منهما أبداً، ولو لم يكنْ دخلَ بهما قلنا: أمْسِكْ أيّتهما شِئْتَ وَفَارِقِ الأخرى. وقال في موضع آخر: يمسِكُ البنتَ، ويفارِقُ الأمّ.

قال المزني: هذا أولى به، وكذا قال في كتاب التعريض بالخطبة، وقال: أولاً كانتَ الأم أو آخراً)[١].

قال الماوردي: وصورة هذه المسألة في مشرك تزوج في الشرك أماً وبنتها ثم أسلم، وأسلمتا معه، فلا يخلو حاله معهما من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون قد دخل بهما معاً.

والثاني: أن لا يكون قد دخل بهما.

والثالث: أن يكون قد دخل بالأم دون البنت.

والرابع: أن يكون قد دخل بالبنت دون الأم.

فأما القسم الأول: وهو أن يكون قد دخل بهما، فقد حرمتا عليه جميعاً، لأن دخوله بالأم يحرم البنت لو كان بشبهة، فكيف بنكاح؟ ودخوله بالبنت يحرم الأم لو كان بشبهة، فكيف بنكاح؟.

فإن قيل: فإذا كان نكاح الشرك معفواً عنه، فهلا كان الوطء في الشرك معفواً عنه؟. قيل: لأن الوطء يحدث من تحريم المصاهرة وما يجري مجرى تحريم النسب لثبوت التحريم فيهما على الأبد، وليس يعفى عن تحريم النسب، فكذلك لا يعفى عن تحريم المصاهرة، وخالف العقد الذي تختلف أحواله وينقطع زمانه.

فصل: فأما القسم الثاني وهو: أن لا يكون قد دخل بواحدة منهما، فلا يجوز له أن يتمسك بهما، وله أن يتمسك بأحدهما، سواء كان قد عقد عليهما في عقد واحد أو في

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧١.

عقدين، وسواء تقدمت الأم بالعقد أو تأخرت، كمن نكح خمساً في الشرك، بخلاف ما قاله أبو حنيفة في تقديم الأوائل على الأواخر.

وإذا كان كذلك ففي التي يتمسك بها قولان:

أحدهما: أنه يتمسك بنكاح البنت ويقيم عليها، وتحرم عليه الأم، نص عليه في كتاب أحكام القرآن، وفيما نقله عن المزني عنه[1].

والقول الثاني: يكون مخيراً في إمساك أيتهما شاء.

ولأن العفو عن مناكح الشرك يمنع من التزام أحكام، ويصير بمثابة المبتدىء لما شاء منهما، وإذا كان مخيراً بين الأوائل والأواخر، فكذلك يكون مخيراً بين الأم والبنت.

فعلى هذا إن اختار البنت، حرّمت عليه الأم حينئذ تحريم تأبيد. وإن اختار الأم، حرمت البنت باختيار الأم تحريم جمع. فإذا دخل بالأم، حرمت البنت تحريم تأبيد.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يكون قد دخل بالأم دون البنت، فالبنت قد حرمت عليه بالدخول بالأم، وفي تحريم الأم عليه قولان:

أحدهما: أنها محرمة ونكاحها باطل، وهو اختيار المزني من قوليه: إذا لم يدخل بهما، أنه يثبت نكاح البنت ويبطل نكاح الأم، فيبطل ها هنا نكاح البنت بالدخول بالأم، ويبطل نكاح الأم بالعقد على البنت.

والقول الثاني: أن الأم تحرم ويكون نكاحها ثابتاً، وهذا على القول الآخر: أنه لو لم يدخل بها لكان مخيراً في التمسك بمن شاء منهما، فيبطل خياره ها هنا لتحريم البنت بالدخول بالأم، ويصير ملتزماً لنكاح الأم.

فصل: فأما القسم الرابع: وهو أن يكون قد دخل بالبنت دون الأم، فنكاح البنت ثابت، ونكاح الأم باطل، وبما إذا بطل يكون على القولين:

أحدهما: بالعقد على البنت على الذي اختاره المزني.

والثاني: بالدخول بالبنت على القول الآخر.

فصل: فأما إذا شك بالدخول، فهذا على ضربين:

---

(١) راجع: مختصر المزني، ص: ١٧١، وأحكام القرآن للشافعي: ١/ ١٨٣.

أحدهما: أن يشك، هل دخل بواحدة منهما أو لم يدخل؟ فالورع أن يحرمهما احتياطاً. فأما في الحكم، فالشك مطروح، لأن حكم اليقين في عدم الدخول أغلبُ وإذا كان كذلك، صار في حكم من لم يدخل بواحدة منهما، فيكون على ما مضى من القولين:

أحدهما: وهو اختيار المزني أن يقيم على نكاح البنت.

والقول الثاني: أن يكون مخيراً في إمساك أيتهما شاء.

والضرب الثاني: أن يتيقن الدخول بواحدة منهما، ويشك في التي دخل بهما منهما، فلا يعلم هي الأم أم البنت؟ فيكون نكاحهما باطلاً، لأن تحريم إحداهما متيقنٌ وإذا تيقن تحريم واحدة من اثنتين، حرمت عليه البنتان، كما لو تيقن أن إحدى امرأتين أخته حرمتا عليه.

فصل: فأما إذا كانت المسألة بحالها في أن نكح في الشرك أماً وبنتاً، واختلاف إسلامهما فحكم النكاح معتبر بما ذكرنا من الأقسام الأربعة في الدخول:

فالقسم الأول: أن يكون قد دخل بهما، فلا يوقف نكاح واحدة منهما بالإسلام، لتحريم كل واحدة منهما بدخوله بالأخرى، ويكون نكاحهما باطلاً.

والقسم الثاني: أن لا يكون قد دخل بواحدة منهما فلا يخلو حال من تقدم بالإسلام من أربعة أحوال:

أحدها: أن يتقدم الزوج وحده بالإسلام، فيبطل نكاحهما في الشرك.

والحال الثانية: أن يتقدم إسلام الأم والبنت على الزوج، فيبطل نكاحهما في الإسلام.

والحال الثالثة: أن يتقدم إسلام الزوج والبنت، ويتأخر إسلام الأم، فيثبت نكاح الأم.

والحال الرابعة: أن يتقدم إسلام الزوج والأم، ويتأخر إسلام البنت، فيبطل نكاح البنت لتأخرها، وفي بطلان نكاح الأم قولان، فهذا حكم القسم الثاني.

والقسم الثالث: أن يكون قد دخل بالأم دون البنت، فنكاح البنت باطل بكل حال، وهل يوقف نكاح الأم على اجتماع إسلامهما؟ على القولين.

والقسم الرابع: أن يكون قد دخل بالبنت دون الأم، فنكاح الأم باطل لدخوله بالبنت، ونكاح البنت موقوف على اجتماع إسلامهما.

فصل: فإذا نكح في الشرك أماً وبنتَها وبنت بنتها، ثم أسلمن معه، فله معهن خمسة أقسام:

أحدها: أن يكون قد دخل بجميعهن، فيكون نكاحهن باطلاً.

والقسم الثاني: أن لا يكون قد دخل بواحدة منهن، ففيه قولان:

أحدهما: يقيم على السفلى وهي بنت البنت، ويبطل نكاح العليا التي هي الجدة، ونكاح الوسطى التي هي الأم.

والقول الثاني: أنه بالخيار في التمسك بأيتهن شاء.

والقسم الثالث: أن يدخل بالعليا دون الوسطى والسفلى فيكون نكاح الوسطى والسفلى باطلاً وفي بطلان نكاح العليا قولان.

والقسم الرابع: أن يدخل بالوسطى دون العليا والسفلى فيبطل نكاحهما وفي بطلان نكاح الوسطى لأجل السفلى قولان.

والقسم الخامس: أن يدخل بالسفلى دون العليا والوسطى، فيثبت نكاح السفلى، ويبطل نكاح العليا والوسطى فإذا اعتبرت ذلك بما قدمناه من التعليل، وجدت الجواب فيه صحيحاً. والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو أسلمَ وعنده أربعُ زوجاتٍ إماءٍ، فإنْ لم يكن معسِراً يخافُ العنَت، أو فيهنَّ حرة، انفسخَ نِكاحُ الإماءِ. وإنْ كان لا يجدُ ما يتزوَّجُ به حرَّةً ويخافُ العنَت، ولا حرّة فيهن، اختارَ واحدةً، وانفسخَ نَكاحُ البواقي)[1].

قال الماوردي: وصورة هذه المسألة في مشرك تزوج في الشرك بإماءٍ مشركاتٍ، ثم أسلمَ وأسلمن معه، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون معهن حرة.

والثاني: أن لا يكون.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧١.

فإن لم يكن معه حرة وكـن إماءً لا حرة فيهن، فلا يخلو حاله عند إسلامه وإسلامهن من أمرين:

أحدهما: أن يكون ممن يجوز له نكاح الإماء لفقد الحرة وعدم الطول وخوف العنت، فيجوز له أن يختار واحدة منهن، ويفارق من سواها. لأنه في حال يجوز له أن يبتدىء فيها نكاح الأمة، فجاز أن يستديم فيها نكاح الأمة.

والأمر الثاني: أن يكون عند إسلامه وإسلامهن ممن لا يجوز أن يبتدىء نكاح الأمة لوجود الطول، أو أمن العنت، فنكاح الإماء قد بطل، اعتباراً بحال إسلامه معهن، وأنه ممن لا يجوز له أن يبتدىء نكاح أمة، فلم يكن له أن يستديم نكاح أمة.

وقال أبو ثور: يجوز له أن يستديم نكاح أمة منهن باختياره، وإن كان ممن لا يجوز له أن يبتدىء نكاح أمة. استدلالاً بأن الشرط في نكاح الأمة معتبر في ابتداء العقد عليها، وليس بمعتبر في استدامة نكاحها. ألا تراه لو تزوجها لخوف العنت، ثم أمن العنت، جاز أن يستديم نكاحها؟ وإن لم يجز أن يبديه كذلك المشرك إذا أسلم مستديم لنكاحها، وليس بمبتدىء فجاز أن يقيم على نكاحها مع عدم الشرط، وإن لم يجز أن يبديه؟ قال: ولأنه لو وجب أن تعتبر شروط الابتداء في وقت الاستدامة أمة عند الإسلام، لوجب اعتبار الولي والشاهدين، فلما لم يعتبر هذا، لم يعتبر ما سواه.

ودليلنا هو: أن نكاح الأمة لا يحل إلا باعتبار شروطه، فلما لم يعتبر وقت عقده في الشرك، وجب أن يعتبر وقت اختياره في الإسلام، لئلا يكون العقد عليها خالياً من شروط الإباحة في الحالين. وفي هذا انفصال عن استدلاله الأول، لأننا قد اعتبرنا بشروط الإباحة في الابتداء، فلم نعتبرها في الاستدامة، ويكون الفرق بين هذا وبين استدلاله الثاني: بأن الولي والشاهدين وإن كانا شرطاً في العقد، فهو غير معتبر في الحالين، لأن الولي والشاهدين من شروط العقد، وعقد الشرك معفو عنه، فعفا عن شروطه، وليس كذلك شروط نكاح الأمة، لأنها من شروط الإباحة، وشروط الإباحة معتبرة وقت الاختيار. ألا تراه لو نكح في الشرك معتدة، ثم أسلما وهي في العدة، كان النكاح باطلاً لأنها وقت الاختيار غير مباحة كذلك الأمة؟ . ويتفرع على هذا التقرير ثلاثة فروع:

أحدها: أن تسلم المشركة مع زوجها وهي في عدة من وطء بشبهة، فقد اختلف أصحابنا في إباحتها له على وجهين:

أحدهما: وهو قول ابن سريج: أن نكاحها باطل اعتباراً بما قررناه من أنه لا يستبيح العقد عليها وقت الإسلام، كما لو نكحها في العدة ثم أسلما وهي في العدة.

والوجه الثاني: وهو أظهر أن النكاح جائز، لأن حدوث العدة في النكاح بعد صحة عقده، لما لم يؤثر في نكاح المسلم، فأولى أن لا يؤثر في نكاح المشرك.

والفرع الثاني: أن يسلم أحد الزوجين المشركين ويحرم بالحج، ثم يسلم الثاني في العدة والأول على إحرامه، ففي النكاح وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي القاسم الأنماطي: أن النكاح باطل، اعتباراً بما قررناه: من أنه لا يستبيح العقد عليها عند اجتماع الإسلاميين، فصار كما لو ابتدأ نكاحها في وقت الإحرام.

والوجه الثاني: وهو أظهر وقد نص عليه الشافعي: أن النكاح جائز، لأن حدوث الإحرام في النكاح بعد صحته لا يؤثر في فسخه.

والفرع الثالث: أن من تزوج أمة على الشرط المبيح، ثم طلقها وقد ارتفع الشرط طلاقاً رجعياً، فله أن يراجعها، وإن كان ممن لا يجوز له أن يبتدىء نكاحها، وهذا متفق عليه بين جميع أصحابنا، لأن الرجعية زوجة ولذلك ورثت وورث. وإنما يراد بالرجعة تحريم الطلاق، فلم تعتبر في هذه الحال شروط الإباحة في الابتداء. ألا تراه لو راجع وهو محرم جاز، وإن لم يجز أن يبتدىء نكاحها محرماً والله أعلم.

فصل: وأما الضرب الثاني: وهو أن يكون مع الإماء حرة فقد تزوجها المشرك مع الإماء في الشرك، ثم أسلم فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تسلم الحرة دون الإماء، فنكاح الحرة ثابت، ونكاح الإماء باطل بإسلام الزوج مع الحرة وتأخرهن.

والقسم الثاني: أن يسلم الإماء دون الحرة، فنكاح الحرة قد بطل بتأخرها، ونكاح الإماء معتبر باجتماع إسلامهن مع إسلام الزوج. فإن كان موسراً بطل نكاحهن، لأنه لما لم يجز في هذه الحال أن يبتدىء نكاح أمة، لم يجز أن يختار نكاح أمة.

وإن كان معسراً بخلاف العنت، كان له أن يختار نكاح واحدة منهن، لأنه يجوز أن يتبدئه، فجاز أن يختاره، إلا أنه ما لم تنقض عدة الحرة في الشرك اختار حينئذ من الإماء

واحدة، وانفسخ نكاح من سواها من وقت اختياره، فاستأنفن عدد الفسخ. فلو صار وقت اختياره موسراً وقد كان وقت اجتماع إسلامه وإسلامهن معسراً، صح اختياره اعتباراً بحاله عند اجتماع الإسلامين، لأنه الوقت الذي استحق فيه الاختيار.

والقسم الثالث: أن تسلم الحرة والإماء جميعاً، فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يجتمع إسلام الحرة والإماء في حالة واحدة، فيثبت نكاح الحرة، وينفسخ نكاح الإماء من وقت إسلامهن مع الحرة، لأنه لا يجوز أن يختار نكاح أمة مع وجود حرة، كما لا يجوز أن يبتدئه.

والقسم الثاني: أن تسلم الحرة قبل الإماء، فنكاح الحرة ثابت، ونكاح الإماء باطل. ثم ينظر في إسلامهن: فإن كان بعد انقضاء عددهن وقع الفسخ بتقدم إسلام الزوج وتأخرهن، وإن أسلمن قبل انقضاء عددهن وقع الفسخ بتقدم إسلام الحرة.

فعلى هذا لو كانت الزوجة الحرة حين أسلمت ماتت، ثم أسلم الإماء في عددهن. قال أبو حامد الاسفرائيني: نكاحهن باطل، لأن نكاحهن قد انفسخ بإسلام الحرة، فلم يعد إلى الصحة بموتها. وهذا عندي غير صحيح، بل يجب أن يكون موقوفاً ليختار واحدة منهن، لأن إسلام الحرة معه قبل إسلام الاماء يجري مجرى يساره في تحريم الإماء، فلما لم يعتبر يساره إلا عند إسلام الإماء، وجب أن لا يعتبر وجود الحرة إلا عند إسلام الإماء.

والقسم الثالث: أن يسلم الإماء قبل الحرة، فيعتبر حال الزوج عند إسلامهن. فإن كان موسراً بطل نكاح الإماء مع إسلامهن، واستأنفن عدد الفسخ. وإن كان معسراً يخاف العنت، كان نكاح الإماء، معتبراً بإسلام الحرة، وهو فيهن مخير بين أمرين.

أما أن يتركهن على حالهن ترقباً لإسلام الحرة. فإن أسلمت بعد انقضاء عدتها اختار من الإماء واحدة، وانفسخ نكاح البواقي من وقت اختياره. وإن أسلمت الحرة في عدتها، انفسخ نكاح الإماء من وقت إسلامها، فهذا أحد خياريه.

والخيار الثاني: أن يمسك الزوج من الإماء واحدة يترقب بها إسلام الحرة، ويفسخ نكاح من سواها من الإماء ليتعجل الفسخ، إذ ليس له أن يقيم على أكثر من واحدة، فإذا فعل ذلك، انفسخ نكاح من عدا الواحدة من وقت فسخه، وكان نكاح الواحدة معتبراً بإسلام الحرة.

فإن أسلمت في عدتها ثبت نكاحها، وانفسخ نكاح الأمة. وإن أسلمت بعد انقضاء عدتها، بطل نكاحها وثبت نكاح الأمة، ولا يكون ثبوته باختيار متقدم، ولكن لأنه ليس معه غيرها.

فعلى هذا لو طلق الحرة في الشرك قبل إسلامها، ثم أسلمت، نظر: فإن كان إسلامها بعد العدة لم يقع طلاقها، وانفسخ نكاحها بإسلام الزوج، وثبت نكاح الأمة. وإن كان إسلامها في العدة وقع الطلاق عليها لأنها زوجة، وانفسخ بإسلامها نكاح الأمة، فيصير إسلامها وإن كانت مطلقة موجباً لفسخ نكاح الأمة، لأن الطلاق لا يقع إلا على زوجة، والأمة لا يثبت اختيار نكاحها مع حرة. هذا جواب أصحابنا على الإطلاق.

وعندي: أنه يجب أن يكون معتبراً بزمان الطلاق، فإن كان قد طلقها قبل إسلام الإماء جاز له أن يقيم على واحدة منهن، لأن الحرة وإن أسلمت في عدتها فقد وقع الطلاق عليها قبل إسلام الإماء، فصرن عند إسلامهن لا حرة معهن.

وإن كان طلاق الحرة بعد إسلام الإماء، فعلى ما قاله أصحابنا من اعتبار إسلام الحرة قبل العدة وبعدها، والله أعلم بالصواب.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو أسلمَ بعضُهُنَّ بعدّةٍ، فسواء. وينتظرُ إسلامُ البواقي ممَّن اجتمَعَ إسلامُه وإسلامُ الزّوجِ قبل مضيِّ العِدّةِ، كان له الخيارُ فيهن)[1].

قال الماوردي: وصورة هذه المسألة في حرٍّ تزوج في الشرك بأربع زوجات إماء، لا حرة فيهن، ثم أسلم وأسلمن، وذلك بعد دخوله بهن، فهذا على أربعة أقسام:

أحدها: أن يسلمن معه.

والثاني: أن يسلمن قبله.

والثالث: أن يسلمن بعده.

والرابع: أن يسلم بعضهن قبله، وبعضهن بعده، وقد يجيء قسمان آخران:

أحدهما: أن يسلم بعضهن معه، وبعضهن قبله.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧١.

والثاني: أن يسلم بعضهن معه، وبعضهن بعده، ولكن يدخل جوابهما في جملة الأقسام الأربعة، فلم نذكرهما اكتفاء بما ذكرنا.

فأما القسم الأول: وهو أن يسلم ويسلم معه الإماء الأربع، فيعتبّر حاله وقت الإسلام. فإن كن موسراً يجد الطول انفسخ نكاحهن بالإسلام، واستأنفن عدد الفسخ. وإن كان معسراً لا يجد الطول، كان له أن يختار منهن واحدة لا يزيد عليها، لأن الحر لما لم يجز له أن ينكح أكثر من أمة واحدة، لم يكن له أن يختار أكثر من أمة واحدة، وانفسخ نكاح الثلاث الباقيات من وقت اختياره للواحدة، لا من وقت إسلامه.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن يسلمن قبله ثم يسلم بعدهن في عددهن، فيراعي حاله في وقت إسلامه، لا وقت إسلامهن، لأن الاعتبار باجتماع الإسلامين وذلك بإسلامه بعدهن فإن كان واجداً للطول انفسخ نكاحهن بإسلامه، واستأنفن عدد الفسخ. وإن كان عادماً للطول، كان له أن يختار منهن واحدة، وينفسخ نكاح الثلث البواقي باختياره، فيستأنفن عدد الفسخ.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يسلمن بعده فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون الزوج عند إسلام جميعهن موسراً واجداً للطول.

والثاني: أن يكون عند إسلام جميعهن معسراً عادماً للطول.

والثالث: أن يكون عند إسلام بعضهن موسراً، وعدد إسلام بعضهن معسراً.

فإن كان موسراً عند إسلام جميعهن بطل نكاحهن كلهن، انفسخ نكاح كل واحدة منهن من وقت إسلامها، لأنه وقت اجتماع الإسلامين، فتستأنف منه عدد الفسخ.

وإن كان معسراً عند إسلام جميعهن، فله أن يختار منهن واحدة، سواء تقدم إسلامها عليهن أو تأخر إسلامها عنهن. فإذا اختار منهن واحدة انفسخ نكاح الثلاث البواقي من وقت اختياره للواحدة، فاستأنفن منه عدد الفسخ. وإن كان عند إسلام بعضهن موسراً وعند إسلام بعضهن معسراً، بطل نكاح التي أسلمت في يساره، ولم يبطل نكاح التي أسلمت في إعساره، لأن التي أسلمت في يساره لا يجوز أن تستأنف نكاحها، فلم يكن له أن يختارها، فبطل نكاحها بإسلامها. والتي أسلمت في إعساره، يجوز أن تستأنف نكاحها، فجاز أن يختارها.

فعلى هذا، لو أسلمت الأولى والثانية وهو موسر، وأسلمت الثالثة والرابعة وهو معسر، بطل نكاح الأولى والثانية، ولم يبطل نكاح الثالثة والرابعة، وكان له أن يختار إحداهما فإذا اختارها، انفسخ حينئذ نكاح الأخرى.

ولو أسلمت الأولى والثانية وهو معسر. وأسلمت الثالثة والرابعة وهو موسر، بطل نكاح الثالثة والرابعة، بإسلامهما، وكان نكاح الأولى والثانية موقوفاً على اختياره. فإذا اختار إحداهما انفسخ نكاح الأخرى.

فلو أسلمت الأولى وهو موسر، ثم أسلمت الثانية وهو معسر، ثم أسلمت الثالثة وهو موسر، ثم أسلمت الرابعة وهو معسر، بطل نكاح الأولى والثالثة بإسلامهما، وكان نكاح الثانية والرابعة موقوفاً على اختيار أحدهما، فإذا اختارها انفسخ نكاح الأخرى من وقته.

فصل: وأما القسم الرابع: وهو أن يسلم بعضهن قبله وبعضهن بعده، مثاله: أن يسلم قبله ثنتان، وبعده ثنتان، فهذا على أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون موسراً عند إسلام الأوائل والأواخر، فنكاح الجميع باطل، لكن ينفسخ نكاح الأوائل بإسلام الزوج، لا بإسلامهن قبله. وينفسخ نكاح الأواخر بإسلامهن، لا بإسلام الزوج قبلهن، لأن كل واحد من النكاحين ينفسخ باجتماع الإسلامين واجتماعهما في الأوائل، فيكون بإسلام الزوج واجتماعهما في الأواخر يكون بإسلام الأواخر.

والقسم الثاني: أن يكون معسراً عند إسلام الأوائل والأواخر، فله أن يختار نكاح واحدة إن شاء من الأوائل، وإن شاء من الأواخر، لأن كل واحدة من الفريقين يجوز عند اجتماع الإسلامين أن يستأنف نكاحها، فجاز أن يختارها. فإذا اختار واحدة من أحد الفريقين انفسخ باختياره نكاح الباقيات، واستأنفن عدد الفسخ.

والقسم الثالث: أن يكون عند إسلام الأوائل معسراً، وعند إسلام الأواخر موسراً، فيبطل نكاح الأواخر بإسلامهن، وله أن يختار من الأوائل واحدة، وينفسخ باختياره نكاح الأخرى.

والقسم الرابع: أن يكون موسراً عند إسلام الأوائل معسراً عند إسلام الأواخر، فنكاح الأوائل باطل بإسلام الزوج، وله أن يختار من الأواخر واحدة. فإن أسلمتا معاً، اختار أيتهما شاء، وانفسخ باختياره نكاح الأخرى. وإن أسلمت إحداهما بعد الأخرى، فهو مخير

بين: تعجيل اختيار الأولى، وبين تأخيره إلى إسلام الثانية. وإذا كان كذلك، فلها أربعة أحوال:

أحدها: أن يمسك عن الاختيار إلى أن تسلم الثانية، فله إذا أسلمت أن يختار أيتهما شاء. فإذا اختار إحداهما، ثبت نكاحها، وانفسخ به نكاح الأخرى.

والحال الثانية: أن يعجل اختيار الأولى، فإذا اختارها ثبت نكاحها، وبطل به نكاح الثانية، وإن كانت باقية في الشرك لأنه لما بطل نكاحها باختيار تلك. فإن كانت هذه قد أسلمت، فأولى أن يبطل به نكاحها، وإن لم تسلم. فإذا أسلمت، ثبت على ما مضى من عدتها من وجه الاختيار في الشرك.

والحال الثالثة: أن يطلق الأولى قبل إسلام الثانية، فيقع الطلاق عليها، ويكون ذلك اختياراً لنكاحها، لأن الطلاق لا يقع إلا على زوجة، فيصير الطلاق موجباً للاختيار وموقعاً للفرقة، ويبطل به نكاح المتأخرة، لأنه قد صار مختاراً لغيرها.

والحال الرابعة: أن يفسخ نكاح الأولى قبل إسلام الثانية، فلا تأثير لفسخه في الحال، لأنه يفسخ نكاح من لا يجوز له إمساكها، وقد يجوز أن لا تسلم الثانية، فيلزم إمساك الأولى، فلذلك لم يؤثر فسخه في نكاحها فإن لم تسلم الثانية ثبت نكاح الأولى، وبان أن فسخ نكاجها كان مردوداً. وإن أسلمت الثانية، فإن اختارها وفسخ نكاح الأولى جاز، وثبت نكاح الثانية، وانفسخ نكاح الأولى. وإن اختار الأولى وفسخ نكاح الثانية، ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز، لأن فسخ نكاحها في الأول لما لم يؤثر في الحال، فبطل أن يقع حكمه.

والوجه الثاني: قد لزمه فسخها ولا يجوز له اختيارها، لأنه لم يؤثر في الحال لعدم غيرها، فلما وجد غيرها صار مؤثراً والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو أسلم الإماءُ معهُ وعُتِقْنَ وتخلَّفَتْ حرة، وقفَ نِكاحُ الإماء. فإنْ أسلمَتِ الحرّةُ، انفسخَ النِّكاحُ؛ ولو اختارَ منهن ولم تُسْلِم الحرّةُ، يثبت)[1].

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧١، وفيه: «ثبتت» بدل: «يثبت».

قال الماوردي: وصورتها، في حر تزوج في الشرك بأربع زوجات إماءٍ، وبحرّة خامسةٍ، ثم أسلم وأسلم معه الإماء، وحاله حال من ينكح الإماء، وقف نكاح الإماء على إسلام الحرة. فإن عتق الإماء قبل إسلام الحرة، فحكم نكاحهن نكاح الحرائر. وإن عتقن بعد اجتماع إسلامهن مع الزوج، فإنَّ حكمهن حكم نكاح الإماء. وإنْ صرْن حرائر اعتباراً بحالهن عند اجتماع الإسلامين، ولا اعتبار بما حدث بعدها من عتقهن، كما يعتبر حال يساره وإعساره عند اجتماع الإسلامين دون ما حدث بعدها.

وإذا كان كذلك قيل: ليس لك أن تختار من الإماء وإنْ عتقن أحداً ما كانت الحرة باقية في عدتها، فإن اختار منهن واحدة من لم يصحَّ اختيارها في الحال، وروعي إسلام الحرة. فإن أسلمت قبل مضي عدتها وملك نكاح الإماء المعتقات كلهن المختارة منهن وغيرها، وإن لم تسلم الحرة حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها بإسلام الزوج، وكان له أن يختار واحدة من المعتقات، ولا يزيد عليها وهل يثبت نكاح المختارة منهن بالاختيار الأول؟. قال الشافعي: فإن اختار منهن واحدة ومن تسلم الحرة يثبت. فاختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: يثبت أن يستأنف اختيارها. فأما الاختيار الأول فلا يثبت، لأنه لما لم يثبت الاختيار في الحال لم يصح أن يكون موقوفاً على ثاني حال، فبطل، على هذا الوجه يكون مخيراً بين اختيار تلك الأولى واختيار غيرها.

والوجه الثاني: أنها تثبت بالاختيار الأول على الظاهر من قول الشافعي، ويكون حكم الاختيار موقوفاً. وإن لم يجز أن يكون أصله موقوفاً، لأنه لما جاز أن يكون ملك الخيار موقوفاً على إسلام الحرة، فإن أسلمت علم أنه لم يكن مالكاً للخيار. وإن لم تسلم، علم أنه كان مالكاً له، جاز أن يكون حكم الخيار موقوفاً على إسلام الحرة. فإن أسلمت علم أنه لم يثبت، وإن لم تسلم علم أنه ثبت.

فلو قال في الاختيار الأول: إن لم تسلم الحرة فقد اخترتكن، لم يصح هذا الاختيار وجهاً واحداً، لأن هذا خيار موقوف الأصل، لا موقوف الحكم. ونحن إنما نجوز في أحد الوجهين وقف حكمه، لاوقف أصله، فتصور الفرق بينهما.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو عُتِقْنَ قبل أن يسلمْنَ كنَّ كمَنْ ابتدأ نكاحهُ وهنَّ حرائر)[١].

قال الماوردي: وصورتها، أن يتزوج الحر في الشرك بأربع إماء وحرة خامسة، ثم يسلم الزوج ويعتق الإماء في الشرك، ثم يسلمن في عددهن، فيكون نكاحهن نكاح حرائر، لأن الاعتبار بحالهن عند إسلامه وإسلامهن، وما اجتمعا إلا وهن حرائر، فلذلك صار نكاحهن نكاح حرائر.

وإذا كان كذلك، كان بالخيار عند إسلام المعتقات من ثلاثة أمور:

أحدها: أن يختار الأربعة، فيصح اختيارهن، وينفسخ به نكاح الحرة الخامسة إن أسلمت في العدة، وإن لم تسلم انفسخ نكاحها بإسلام الزوج.

والثاني: أن يوقف نكاح الأربع انتصاراً لإسلام الحرة الخامسة، فإن أسلمت في العدة اختار من الخمس أربعاً، وفسخ نكاح الخامسة من أيتهن شاء. وإن لم تسلم الحرة، ثبت نكاح الأربع المعتقات.

والثالث: أن يختار من الأربع ثلاثاً، ويوقف الرابعة على إسلام الحرة. فإن لم تسلم ثبت نكاح الرابعة، وإن أسلمت كان مخيراً في اختيار أيتهما شاء، وفراق الأخرى.

فصل: وهكذا لو أسلم الإماء قبل الزوج وأعتقن، ثم أسلم الزوج بعد عتقهن، كان نكاحهن نكاح حرائر، ولأنه لما جمع إسلامه وإسلامهن إلا وهن حرائر، وإذا كان كذلك والحرة متأخرة، فهو بالخيار بين ما ذكرنا من الأمور الثلاثة.

ولكن لو أسلم قبله أمتان وأعتقتا، ثم أسلم الزوج وأعتق الأمتان المشركتان في الشرك، ثم أسلمتا، فنكاح هاتين المعتقتين في الشرك على قياس قول أبي حامد الاسفرائيني: ما يحل لرقهما عند عتق المسلمتين، فبطل نكاحهما بالرق لعتق المسلمتين، فعلى هذا المذهب: يكون نكاح المسلمتين باقياً. فإن أسلمت الحرة بعدها في العدة ثبت نكاحها، وصرن ثلاثاً وإن لم تسلم بطل نكاحها وثبت نكاح المعتقتين.

فأما على الوجه الذي أراه صحيحاً، فنكاح المعتقتين في الشرك لا يبطل بعتق المسلمتين من قبل، فإذا أسلمت المشركتان بعد عتقهما في عدتهما صرن أربعاً، وفي الشرك حرة خامسة، فيكون حينئذ مخيراً بين الأمور الثلاثة.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧١.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وإذا كان عبدٌ وعندَه إماءٌ وحرائِرُ مسلمات وكتابيات، ولم يخترْنَ فراقَهُ أمسَكَ اثنتين)[1].

قال الماوردي: وصورتها في عبد تزوج في الشرك ست زوجات، منهن: أمتان وثنيتان، وحرتان وثنيتان، وحرتان كتابيتان، ثم أسلم وأسلم معه الأمتان الوثنيتان والحرتان الوثنيتان، وبقي الكتابيتان على دينها، فله أن يختار من الست اثنتين، لأن العبد لا يستبيح أكثر منهما، فهو في الزيادة عليها كالحر في الزيادة على الأربع، إلا أن الشافعي قال: «ولم يخترْنَ فراقه أمسكَ اثنتين إماء» فإن أعتقتا فلهما الخيار، لأن الأمة إذا عتقت تحت عبد فلها الخيار مسلماً كان العبد أو كافراً. وإن لم يعتقا، فلا خيار لهما، لأنهما قد ساوتاه في نقصه بالرق. وأما الحرائر ففي ثبوت الخيار بهن بإسلامه وجهان:

أحدهما: أنه لا خيار لهن لعلمهن برقه ورضاهن مع كمالهن بنقصه، فلم يحدث لهن بالإسلام خيار، لأن الإسلام يؤكد النكاح ولا يضعفه، وهذه اختيار أبي حامد المروزي.

والوجه الثاني: لهن الخيار في فسخ نكاحه، لأن الرق في الإسلام نقص، وفي الكفر ليس بنقص، لإطلاق تصرفه في الكفر وثبوت الحجر عليه في الإسلام، ونقص أحكامه في طلاقه ونكاحه وحدوده، وعدم ملكه وقهر السيد له على نفسه، فيكون الرق في الإسلام نقصاً يثبت للحرائر من زوجاته الخيار في إسلامه، وإن لم يثبت لهن في شركه، وهذا اختيار أبي القاسم الداركي.

فعلى هذا، إن قيل للحرائر الأربع: الخيار، فاخترن فسخ نكاحه، ثبت نكاح الأمتين. وإن قيل: لا خيار لهن، أو قيل: لهن الخيار، فاخترن المقام على نكاحه، كان له أن يختار منهن ـ وهن ست ـ اثنتين من أيهن شاء. إما أن يختار الحرتين المسلمتين، أو الحرتين الكتابيتين، أو الأمتين المسلمتين، أو واحدة من الأمتين وواحدة من الحرائر، لأنه عبد يجوز أن يجمع بين: أمتين، وبين أمة وحرة.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو عُتِقْنَ قبل إسلامه، فاخترْنَ فراقَهُ كانَ ذلك لهُنَّ، لأنه لهنَّ بعدَ إسلامِهنّ وعددِهِنَّ عدد حرائِرَ)[2].

قال الماوردي: وصورتها في عبد تزوج في الشرك بأربع زوجات إماء، ودخل بهن،

(١) مختصر المزني، ص: ١٧١.
(٢) مختصر المزني، ص: ١٧١.

ثم أسلمن وعتقن قبل إسلامه، فلهن أن يخترن فسخ نكاحه بالعتق، وإن كن جاريات في الفسخ بتقدم الإسلام لأمرين:

أحدهما: أنهن جاريات في فسخ، فلم يمتنع أن يستحق معه حدوث فسخ، لأن الفسخ لا ينافي الفسخ لاجتماعهما، وإنما ينافي المقام لتضادهما.

والثاني: أنهن يستفدن بتعجيل الفسخ قصور أحد العدتين، لأنهن لو انتظرن إسلام الزوج لا تستأنف العدة بعد إسلامه، وإذا قدمن الفسخ تقدمت العدة قبل إسلامه.

فإن قيل: فهلا أغنى جريانهن في الفسخ بتقدم الإسلام عن أن يحدث فسخاً بحدوث العتق؟ قيل: لا يغني، لأن الفسخ متردد بين إمضائه إلى الفرقة إن تأخر إسلام الزوج، وبين إمضائه إلى ثبوت النكاح أن تعجل، والفسخ بالعتق مُفْضٍ إلى الفرقة في الحالين.

فإذا تقرر هذا فلهن ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يخترن الفسخ، فذلك معتبر بإسلام الزوج. فإن لم يسلم حتى انقضت عددهن، فقد وقعت الفرقة باختلاف الدين، وبان أنهن غير زوجات من يوم أسلمن، فلم يقع فسخهن بالعتق لأنهن قد بنَّ قبله.

والثاني: أن يخترن المقام.

والثالث: أن يمسكن عن اختيار فسخ أو مقام.

وأما الحالة الأولى فهي أن يخترن الفسخ، فأول عددهن من وقت إسلامهن، وقد بدأن وهن إماء، وانهينها وهن حرائر، فهل يعتددن عدد إماء، أو عدد حرائر؟ على قولين:

أحدهما: وهو قوله في القديم: يعتددن عدد إماء، اعتباراً بالابتداء.

والثاني: وهو قوله في الجديد: يعتدِدْنَ عددَ حرائر اعتباراً بالانتهاء. وإن أسلم الزوج في عددهن بأن اختلاف الدين لم يؤثر في فسخ نكاحهن، وإنهن اخترن الفسخ بالعتق وهن زوجات، فيفسخ نكاحهن باختيار الفسخ، ويعتددن من وقت الفسخ عدد حرائر قولاً واحداً، لأنهن قدمن وهن حرائر.

فصل: وأما الحال الثانية وهو: أن يخترن المقام على نكاحه، فهو معتبر أيضاً بإسلام الزوج، فإن لم يسلم حتى انقضت عددهن، وقعت الفرقة باختلاف الدين من وقت إسلامهن، ولم يكن لاختيارهن المقام تأثير، وفي عددهن قولان:

أحدهما: عدد إماء اعتباراً بالابتداء.

والثاني: عدد حرائر اعتباراً بالانتهاء.

وإن أسلم الزوج في عددهن بان أنهن زوجات، وإن اختلاف الدين لم يؤثر في نكاحهن وقد اخترن المقام في وقت، لم يؤثر فيه اختيار المقام، فهل يؤثر حكمه بعد إسلام الزوج ويسقط به خيار الفسخ أم لا؟ فيه وجهان، مبنيان على اختلاف الوجهين في الزوج إذا اختار واحدة من الإماء المسلمات معه في الشرك حرة منتظرة، فلم تسلم حتى انقضت عدتها، هل يثبت حكم اختياره أم لا؟ على ما ذكرنا من الوجهين، كذلك ها هنا، هل يثبت ويبطل حكم اختيارهن المقام، أم على وجهين؟.

أحدهما: قد ثبت، وبطل به خيار الفسخ.

والوجه الثاني: وهو الأصح، أنه لا يثبت لعدم تأثيره في وقته فبطل، ولهن خيار الفسخ بعد إسلام الزوج. فإن اخترن الفسخ، استأنفن عدد حرائر من وقت الفسخ. وإن لم يخترنه، كن زوجات وهن أربع، وليس للعبد إلا اثنتين، فيصير له الخيار في إمساك اثنتين يستأنفان من وقت الفسخ عدد حرائر.

فصل: وأما الحال الثالثة وهو: أن يمسك عن اختيار فسخ أو مقام، فهن إذا أسلم الزوج على حقهن من خيار الفسخ لا يبطل بإمساكهن لأمرين:

أحدهما: أنهن كن يتوقعن الفسخ بغير اختيار، فلم يناف وقوع الفسخ باختيار.

والثاني: أن خيارهن قبل إسلام الزوج مظنون، وبعد إسلامه متحقق، فجاز أن يؤخرنه من وقت الظن إلى وقت اليقين. وإذا كان كذلك، وجب أن يعتبر إسلام الزوج، فإن لم يسلم حتى انقضت عددهن فقد بِنَّ باختلاف الدين، وبطل خيار الفسخ بالعتق. وفي عددهن من وقت إسلامهن قولان:

أحدهما: عدد إماء اعتباراً بالابتداء.

والثاني: عدد حرائر اعتباراً بالانتهاء.

وإن أسلم الزوج في عددهن فهن زوجات، ولا تأثير لاختلاف الدين في نكاحهن، ولهن الخيار في فسخ النكاح بالعتق. فإن اخترن الفسخ استأنفن في وقت الفسخ عدد حرائر، وإن اخترن المقام كان للزوج أن يختار منهن اثنتين، ويفسخ نكاح اثنتين يستأنفان من وقت الفسخ عدد حرائر والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (فإنْ لم يتقدَّمْ إسلامُهُنَّ قبلَ إسلامِهِ فاخترْنَ فراقَه أو المقامَ معه، ثم أسلمْنَ، خيِّرْنَ حين يسلِمْن، لأنهنَّ اخترْنَ ولا خيارَ لهُنَّ)[1].

قال الماوردي: وصورتها، في عبد تزوج في الشرك بأربع زوجات إماء ودخل بهن، ثم أسلم قبلهن، وأعتقن في شركهن، فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يخترن فسخ النكاح.

والثاني: يخترن المقام على النكاح.

والثالث: أن يمسكن فلا يخترن فسخاً ولا مقاماً.

فأما القسم الأول: وهو أن يعجلن في الشرك فسخ النكاح، فقد نقل المزني عن الشافعي أنه قال: فاخترن فراقه أو المقام معه، ثم أسلمن، خيِّرنَ حين يسلمن، فجمع بين اختيار الفرقة واختيار المقام في إبطال حكمهما قبل الإسلام، فدل الظاهر على أن ليس لهن أن يخترن فسخ النكاح قبل إسلامهن. فاختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي الطيب بن سلمة، أن الجواب على ظاهره: إنهن إذا عتقن في الشرك لم يكن لهن اختيار الفسخ حتى يجمع إسلامهن مع إسلام الزوج. ولو أعتقن بعد تقدم إسلامهن، كان لهن اختيار الفسخ قبل أن يجتمع إسلامهن مع إسلام الزوج. وفرق بينهما: بأنه إذا تقدم إسلامهن لم يقدرن على تعجيل اجتماع الإسلامين، فكان لهن تعجيل الفسخ ليستفدن قصور إحدى العدتين. وإذا تقدم إسلام الزوج قدرن بتعجيل إسلامهن على اجتماع الإسلامين، فلم يستفدن بتعجيل الفسخ قبل الإسلام ما لا يقدرن عليه بعد الإسلام. فعلى هذا، يكون اختيارهن الفسخ قبل إسلامهن باطلاً، ولهن إذا أسلمن في عددهن أن يخترن الفسخ أو المقام.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي، وجمهور أصحابنا: إنهن يملكن في الشرك اختيار الفسخ كما ملكته في الإسلام، لأنهن قد ملكن بالعتق اختيار الفسخ، فكان تقديمه وهن جاريات في الفسخ أولى، وتأخيره إلى خروجهن من الفسخ، لأن الفسخ لا ينافي الفسخ. ولمن قال بهذا الوجه فيما نقله المزني تأويلان:

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧١.

أحدهما: أنه غلط من المزني في روايته، أو من الكاتب في نقله، لأن الشافعي قد ذكر هذه المسألة فيما نقله الربيع في كتاب الأم، فقال: ولو أعتقن قبل إسلامهن فاخترن المقام معه، ثم أسلمن، خيِّرن حين أسلمن، ولم يذكر إذا اخترن فراقه فيها. وإنما غلط المزني أو الكاتب في النقل فقال: فاخترن فراقه أو المقام معه، وهذا تأويل أبي إسحاق المروزي.

والثاني: أن النقل صحيح، وأن الشافعي ذكر اختيار الفرقة واختيار المقام، ثم عطف بالجواب على اختيار المقام دون الفرقة، لأنه قد قدم حكم اختيارهن للفرقة، وأفرد ها هنا حكم اختيارهن للمقام. ومن عادة الشافعي أن يجمع بين المسألتين، ويعطف بالجواب المرسل على أحدها، ويجعل جواب الأخرى محمولاً على ما عرف من مذهبه أو تقدم من جوابه، هذا تأويل أشار إليه أبو علي الطبري في كتاب الإفصاح.

فعلى هذا الوجه، يكون اختيارهن الفسخ معتبراً بإسلامهن. فإن أسلمن في عددهن وقعت الفرقة بفسخهن، ويستأنفن عدد حرائر من وقت فسخهن. وإن لم يسلمن حتى انقضت عددهن، وقعت الفرقة باختلاف الدين، وبطل حكم الفسخ بالعتق لوقوع الفرقة قبله. وفي عددهن قولان:

أحدهما: عدد إماء اعتباراً بالابتداء.

والثاني: عدد حرائر اعتباراً بالانتهاء.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن يخترن المقام معه قبل إسلامهن، ففي هذا الاختيار وجهان ذكرناهما:

أحدهما: إنه لغو لا حكم له، لأنهن جاريات في فسخ ينافي اختيار المقام، فبطل حكمه تغليباً لحكم الفسخ، وهذا هو المنصوص عليه ها هنا. فعلى هذا بعد عددهن وقعت الفرقة باختلاف الدين، وإن أسلمن في عددهن كأن لهن الخيار في المقام أو الفسخ.

والوجه الثاني: أن اختيار المقام قد أبطل حقهن من الفسخ بعد الإسلام، ويكون موقوف الحكم على إمضائه في زمانه. فعلى هذا، إن لم يسلمن حتى انقضت عددهن باختلاف الدين، وإن أسلمن في عددهن، سقط حقهن من اختيار الفسخ لما تقدم من اختيار المقام.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يمسكن في الشرك فلا يخترن بعد العتق مقاماً ولا فسخاً، فمذهب الشافعي: أن لهن إذا أسلمن أن يخترن الفسخ، ولا يكون إمساكهن عنه إسقاطاً لحقهن منه، لأن اختيارهن قبل الإسلام موقوف، وبعد الإسلام نافذ، فجاز تأخيره عن زمان الوقف إلى زمان النفوذ. وهم بعض أصحابه فجعل إمساكهن عنه إسقاطاً لحقهن منه، قال: لأن ما تقدم في الشرك في هدر الإسلام يجب ما قبله.

وهذا خطأ، لأنه لو أوجب أن يكون الخيار هدراً، لأوجب أن يكون النكاح والطلاق هدراً. ولما لزم في الإسلام حكم عقد تقدم في الشرك، وفي فساد هذا دليل على فساد ما أفضى إليه. وإذا ثبت أن لهن الخيار بعد الإسلام، فالجواب عنه: إن اخترن الفسخ أو المقام على ما مضى.

مسالة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو اجتمعَ إسلامُهُ وإسلامُهُنَّ وهنَّ إماءٌ ثم اعتِقْنَ من ساعتِهِنَّ، ثم اخترْنَ فراقَهُ، لم يكنْ ذلك لهنَّ إذا أتى عليهن أقلُّ أوقاتِ الدُّنيا، وإسلامُهُن وإسلامهُ مجتمعٌ)[1].

قال الماوردي: وصورتها. في عبد تزوج في الشرك بأربع زوجات إماء، وأسلم وأسلمن معه، ثم أعتق الإماء، فلهن الخيار بالعتق بين: المقام، والفسخ. وفي مدة خيارهن ثلاثة أقاويل:

أحدها: وهو أصح، أنه على الفور، ومعتبر بالإمكان. فمتى أمكنهن تعجيل الفسخ فأخرنه بعد المكنة زماناً، وإنْ قلّ، بطل خيارهن، لأنه خيار استحقَقْنَه لنقص الزوج بالرق عما حدث من كمالهن بالحرية، فجرى مجرى خيار الرد بالعيوب، واستحقا على الفور.

والقول الثاني: أنه ممتد إلى ثلاثة أيام، كالخيار في المصراة.

والقول الثالث: أنه باق لهن وإن تطاول بهن الزمان ما لم يمكن من أنفسهن، أو يصرحن بالرضا، اعتباراً بأن ما يخالف حالهن في الفسخ فهن باقيات على حكمه.

فأما المزني فإنه اعترض على الشافعي فيما ذكره من استحقاق الخيار على الفور بثلاثة فصول:

أحدها: أن حكي عنه بخلافه فقال: وقد قطع في كتابين بأن لها الخيار. وهذا

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧١.

الاعتراض ليس بشيء، لأن قول الشافعي في مدة الخيار مختلف، وإنما ذكر في هذا الموضع أصح أقاويله عنده.

والفصل الثاني: احتج فيه على أن الخيار على التراخي دون الفور بأن الشافعي قال: وإن أصابها فادعت أنها كانت على الجهالة، وهذا على ضربين:

أحدهما: أن تدعي الجهالة بالعتق.

والثاني: أن تدعي الجهالة بالحكم.

فإما إذا ادعت الجهالة بالعتق بأن قالت: مكَّنْتُهُ من نفسي ولم أعلم بعتقي، فإن علم صدقها قبل قولها، وإن علم كذبها رد قولها، وإن جوز الأمران فالقول قولها مع يمينها إن كذبت، وهي على حقها من الخيار.

وأما إذا ادعت الجهالة بالحكم بأن قالت: مكَّنْتُه من نفسي مع العلم بعتقي، ولكن لم أعلم أن لي الخيار إذا عتقت، وأمكن ما قالت ففيه قولان:

أحدهما: أنه لا خيار لها وإن لم تعلم، لأنه قد كان يمكنها أن تستعلم، كما لا خيار لها في رد المعيب إذا أمسكت عنه جهلاً باستحقاق رده.

والقول الثاني: لها الخيار، لأنه قد يخفى إلا على الخواص من الناس، وليس كالرد بالعيب الذي يعرفه الخاصة والعامة.

وفي هذا التفصيل جواب على احتجاج المزني.

والفصل الثالث: أن عارض الشافعي في عبارته وهي قوله: «لم يكن لها الخيار إذا أتى عليهن أقل أوقات الدنيا فأفسد» هذه العبارة وحالها من وجهين:

أحدهما: قوله: إن على السلطان أن لا يؤجلها أكثر من مقامها، فلم يمر بها من أوقات الدنيا من حين أعتقت إلى أن جاءت إلى السلطان، وقد يبعد ذلك ويقرب.

والثاني: أنها لا تقدر على اختيار الفسخ إلا بكلام يجمع حروفاً كل حرف منها في وقت غير وقت الآخر، وفي هذا إبطال الخيار.

وهذا الاعتراض من الوجهين فاسد من وجهين:

أحدهما: أن الكلام عرفاً إذا تعذر استعمال حقيقته كان محمولاً عليه، وصار مخرجه

مخرج المبالغة كما قال النبيّ ﷺ في أبي جهم «لا يضعُ عصاهُ عن عاتِقِه»[١] ومعلوم أنه ما أحد يمكنه إلا أن يضع عصاه عن عاتقه في أوقات نومه واستراحته، لكنه قال ذلك عن طريق المبالغة، لأنه الأغلب من أحواله.

والوجه الثاني: أنه أراد أقل أوقات الدنيا بقدر زمان المكث وشروط الطلب، ويكون مراده بأقلها: هو الوقت الذي يمكنها فيه الاختيار، فيمسك فيه عن الاختيار.

فأما مراد المزني بكلامه هذا، فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: أنه أراد به إثبات الخيار على التراخي، فعلى هذا يكون ذلك اختياراً لآخر قولي الشافعي.

والوجه الثاني: أراد به أن اختيار الفسخ لا يكون إلا على حكم، فعلى هذا يكون ذلك منه مذهباً اختاره لنفسه، وليس بمذهب الشافعي، وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أن الموقوف على حكم الحاكم يكون فيما ثبت باجتهاد، وهذا ثابت بالنص.

والثاني: أنه خيار نقص فجرى مجرى خيار الرد بالعيب.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وكذلك لو كانَ عِتْقُهُ وهنَّ معاً)[٢].

قال الماوردي: وصورتها، في عبد تزوج في الشرك بأربع زوجات إماء، وأسلم وأسلمن معه، ثم أعتقن والزوج معاً في وقت واحد، وذلك قد يكون من أحد ثلاثة أوجه:

إما أن يكون الجميع لسيد واحد، فيعتقهم جميعاً بلفظة واحدة.

وإما أن يكونوا لجماعة فيوكلون جميعاً واحداً، فيعتقهم الوكيل بلفظة واحدة.

وإما أن يعلق كل واحد من ساداتهم عتق من يملكه بصفة واحدة، كأن كل واحد منهم قال: إذا أهل المحرم فأنت حر، فيكون إهلال المحرم موجباً لعتق جميعهم في حالة واحدة.

وإذا كان كذا، وأعتق الزوج وهن معاً، فلا خيار لهن لاستوائهن مع الزوج في حال الرق بالنقص، وفي حال الكمال بالعتق، فلم يفضلن عليه في حال يثبت لهن فيها خيار.

---

(١) حديث فاطمة بنت قيس: سبق تخريجه.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٧١.

وقول الشافعي: «وكذلك لو كان عتقه وهن معاً» يعني: في سقوط الخيار، عطفاً على ما علم في المسألة الأولى فيهن، أمسكت عن الخيار حتى مضى أقل أوقات الدنيا، إلا في تلك سقط بعد أن وجب، وفي هذا لم يجب.

فصل: فأما إذا عتق الإماء قبل الزوج ولو يخترن الفسخ حتى أعتق الزوج، إما لأنهن لم يعلمن بعتقهن حتى أعتق الزوج، ثم علمن. وإما لأنهن علمن وقيل: إن خيارهن على التراخي دون الفور، فلم يعجل الخيار حتى أعتق الزوج، ففي خيارهن قولان:

أحدهما: قد سقط لسقوط موجبه من النقص، وحصول التكافىء بالعتق.

والقول الثاني: أنه باق بحاله، ولهن الخيار بعد عتقه، لأن ما استقر وجوبه استحق استيفاؤه.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وإن اجتمعَ إسلامُهُ وإسلامُ حرَّتَيْنِ في العدَّةِ ثم عتق، ثم أسلمَتْ اثنتانِ في العدَّةِ لم يكنْ له أن يمسكَ إلا اثنتين من أيِّ الأربعِ شاء، لا يثبُتُ له بعقدِ العبوديّةِ إلا اثنتانِ، وينكحُ تمامَ أربعٍ إنْ شاء)[1].

قال الماوردي: وصورتها في عبد تزوج في الشرك بأربع زوجات حرائر ثم أسلم، واعتقن، فلهن إذا أسلمن بعده في عددهن ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يسلمن قبل عتقه.

والثاني: أن يسلمن بعد عتقه.

والثالث: أن يسلم بعضهن قبل عتقه، وبعضهن بعد عتقه.

فإن أسلمن قبل عتقه وهو عبد، ثم أعتق، فليس له أن يمسك منهن إلا اثنتين لأنهن أسلمن وهو عبد، لا يستبيح منهن إلا اثنتين، فاستقر الحكم باجتماع الإسلامين، ولم يغيره ما حدث بعده، كما اجتمع إسلامه وإسلام أمة وهو موسر ثم أعسر، أو كان معسراً ثم أيسر، فإن حكمه معتبر باجتماع الإسلامين في يساره وإعساره، ولا يغيره ما حدث بعده من يساره بعد إعساره أو إعسار بعد يسار، كذلك هذا. وإن أعتق الزوج ثم أسلمن بعد عتقه، فله إمساك الأربع كلهن، لأنه عند اجتماع الإسلامين حر تحل له أربع، فجاز له إمساك الأربع.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٢.

وإن أسلم بعضهن قبل عتقه، وأسلم بعضهن بعد عتقه، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يستكمل إسلام من تحل له في الرق.

والثاني: أن لا يستكمل.

فإن استكمل، وذلك بأن يسلم قبل عتقه اثنتان وبعد عتقه اثنتان، فليس له أن يمسك منهن إلا اثنتين، كما لو أسلم جميعهن قبل عتقه، لأنه لما اجتمع إسلامه وإسلام اثنتين في العبودية، فقد استوفى حقه من عدد المنكوحات في العبودية، وصار من الزيادة ممنوعاً، فاستقر حكم المنع.

وإن لم يستكمل العدد قبل عتقه، بل أسلمت واحدة قبل العتق وثلاث بعده، فالذي يقتضيه حكم التعليل: أن يجوز له إمساك الأربع، لأنه لم يستوف حقه في العبودية حتى بحدوث الحرية، فصار كما لو أسلمن بعدها. وإن كان فيه احتمال ضعيف: إنه قد وصل منهن إلى بعض حقه، فلم يكن له منهن إلا باقيه وهو واحدة، فلا يمسك منهن إلا اثنتين.

ثم هكذا لو تقدم إسلامهن عليه ثم أعتق، اعتبر حال عتقه. فإن عتق قبل إسلامه أمسك الأربع، وإن أعتق بعد إسلامه أمسك اثنتين والله أعلم.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا، فإن جوزنا له إمساك الأربع فلا خيار له، كما لا خيار للحر إذا أسلم مع أربع. وإن منعناه من اثنتين، كان له أن يختارهما من الأربع.

وسواء اختار من أسلم قبل عتقه أو بعده، وينفسخ باختيارهما نكاح الباقين، وهكذا لو فسخ نكاح اثنتين، ثبت بفسخ نكاحهما اختيار الباقيتين.

فإذا اختار اثنتين وفسخ نكاح اثنتين، فله أن يستأنف العقد عليهما لأنه حر يستبيح نكاح أربع، ويجوز له أن يعقد عليهما في العدة لأنها منه.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (فلو أسلمَ وأسلمَ معه أربعٌ فقال: قد فسخْتُ نكاحَهُنَّ، سُئِلَ: فإنْ أرادَ طلاقاً، فهو ما أرادَ. وإنْ أرادَ حلَّهُ بلا طلاقٍ، لم يكن طلاقاً وأُحْلِفَ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا قال لأربع زوجات أسلمْن معه: قد فسخْتُ

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٢.

نكاحهن، سئل: فإن أراد بالفسخ لاحتماله، فإن قال: أردت به الطلاق، قبل منه. لأن الفسخ كناية فيه، وهن زوجات يقع عليهن الطلاق، ويكون إيقاعه للطلاق عليهن تحقيقاً لثبوت نكاحهن. فإن أكذبنه في إرادة الطلاق، فلا يمين عليه، لأنه لو رجع عنه لم يقبل منه.

وإن قال: أردت بالفسخ حل النكاح ورفع العقد بغير طلاق، كما يفسخ نكاح من زاد على الأربع، لم يكن له ذلك، وهن على الزوجية، لأن الفسخ يقع على من لا يجوز له إمساكها، ويجوز له إمساك الأربع، فلم يجز أن يفسخ نكاحهن.

فإن أكذبنه وقلن: أراد بالفسخ الطلاق، حلف بالله تعالى ما أراد به الطلاق، فإن نكل حلفن وطلقن. وإن قال: أردت بالفسخ طلاق اثنتين، وحلّ نكاح اثنتين، وقع الطلاق على من أرادهما بالفسخ، ولهما إحلافه إن كذبنه، ولا يمتنع أن يكون اللفظ واحداً، ويختلف حكمه فيهن باختلاف النية. والله أعلم بالصواب.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وَلو كُنَّ خمساً فأسلمَتْ واحدةٌ في العدّةِ فقال: قد اخترْتُ حَبْسَها حتى قالَ ذلك لأربعٍ ثبتَ نكاحُهُنَّ باختياره، وانفسخَ نكاحُ البواقي)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا تزوج المشرك بأكثر من أربع، كأنْ تزوج ثماني زوجات ثم أسلم، وأسلم معه منهن أربع، فهو بالخيار بين ثلاثة أمور ذكرناها:

أحدها: أن الخيار للأربع المسلمات، فينفسخ باختياره لهن نكاح الأربع المشركات، سواء أسلمن في عددهن أم لا وهكذا لو فسخ نكاح الأربع المتأخرات، كان اختيار الأربع المسلمات، لأن الاختيار والفسخ يتقابلان، فكان في كل واحد منهما دليل على الآخر.

والثاني: أن يمسك عن اختيار الأربع المسلمات انتظاراً لإسلام الأربع المشركات، فيكون له ذلك. فإن لم يسلمن حتى مضت عددهن، ثبت نكاح الأربع المتقدمات. وإن أسلمن في عددهن كان له أن يقيم على أربع من أيهن شاء: إما الأربع المتقدمات، وإما الأربع المتأخرات، وإما على بعض المتقدمات، ويستكمل أربعاً من المتأخرات.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٢.

فلو مات الأربع المتقدمات ثم أسلم الأربع المتأخرات، كان خياره باقياً في الموتى كبقائه في الأحياء، لأن اختياره لهن إبانة عن تقدم نكاحهن. فإن اختار الأربع الموتى انفسخ نكاح الأحياء، وكان له الميراث من الموتى، وميز في زوجتيه.

وإن اختار الأربع الأحياء ثبت نكاحهن، وبان به فسخ نكاح الأربع الموتى. وإن هن متن أجنبيات فلم يرثهن، وإن اختار بعض الأحياء وبعض الموتى، فعلى ما مضى.

والثالث: أن يختار الزوج عند إسلام الأربع معه بعضهن، وينتظر إسلام الباقيات. كأن اختار من الأربع اثنين، وتوقف عن الاثنتين الباقيتين انتظاراً لإسلام الأربع المتأخرات، فيثبت نكاح الاثنتين المختارتين. فإذا أسلم الأربع المتأخرات، كان له أن يختار من الجميع وهن تثبيت اثنتين تمام أربع من أيهن شاء، وينفسخ نكاح الأربع الباقيات.

فإذا تقررت هذه الجملة فمسألة الكتاب أن يقول وقد أسلم معه من الثمان واحدة: قد اخترتها، ثم تسلم ثانية فيقول: قد اخترتها، ثم تسلم ثالثة فيختارها، ثم تسلم رابعة فيختارها، فقد ثبت نكاح الأربع المسلمات لاختيار كل واحدة بعد إسلامها، وانفسخ به نكاح الأربع المتأخرات.

ثم يراعى أحوالهن، فإن لم يسلمن حتى انقضت عددهن وقعت الفرقة باختلاف الدينين من وقت إسلام الزوج، وإن أسلمن في عددهن وقعت الفرقة بالاختيار واستأنفن العدة من وقت اختياره للرابعة، لأن باختيارها حرم من سواها، فلا يكون الفسخ طلاقاً، سواء وقع باختلاف الدين أو بالاختيار.

وقال مالك: إن وقع الفسخ باختلاف الدين، لم يكن طلاقاً، وإن وقع بالاختيار كان طلاقاً. وقال أبو حنيفة: إن وقع الفسخ بإسلام الزوجة وتأخر الزوج كان طلاقاً، وإن وقع الفسخ بإسلام الزوج وتأخر إسلام الزوجة لم يكن طلاقاً.

وكلا المذهبين خطأ، لأن ما وقعت الفرقة فيه بغير طلاق لم يكن طلاقاً، كسائر الفسوخ والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: **(ولو قال: كلَّمَا أسلمَتْ واحدة منكُنَّ فقد اخترْتُ فسْخَ نكاحِها، لم يكنْ هذا شيئاً إلا أن يريدَ طلاقاً. فإن اختارَ إمساكَ أربعٍ، فقد انفسخَ نِكاحُ ما زادَ عليهن)**[1].

قال الماوردي: وصورتها في مشرك تزوج بثمان زوجات، ثم أسلم قبلهن، فيتعلق بها ثلاثة فصول:

أحدها: أن يقول لنسائه كلما أسلمت واحدة منهن: فقد اخترت إمساكها، فهذا لا يصح لمعنيين:

أحدهما: أنه اختيار معلق بصفة، والاختيار للنكاح لا يجوز أن يعلق بصفة.

والثاني: إنه اختيار لمبهمة غير معينة، والاختيار لا يصح إلا لمعينة كالنكاح.

والفصل الثاني: أن يقول لهن: كلما أسلمت واحدة فقد فسخت نكاحها، فهذا لا يصح لمعنيين:

أحدهما: أنه فسخ معلق بصفة، ولا يجوز تعلق الفسخ بالصفات.

والثاني: أنه فسخ قبل وقت القسخ، لأنه يستحق فسخ من زاد على الأربع، وقد يجوز أن لا يسلم أكثر من أربع، فلا يستحق فيه فسخ نكاحهن.

والفصل الثالث: أن يقول لهن: كلما أسلمت واحدة، فقد طلقها، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يصح، لأن الطلاق يجوز تعليقه بالصفة. فإذا أسلم منهن أربع طلقن، وكان ذلك اختياراً لهن، لأن الطلاق لا يقع إلا على زوجة، وينفسخ نكاح الأربع الباقيات. لأن الطلاق في المتقدمات قد تضمن اختيارهن، فصار فسخاً لنكاح من سواهن، وهذا هو الظاهر من كلام الشافعي. لأنه قال: «ولو قال كلما أسلمت واحدة، فقد اخترت فسخ نكاحها، لم يكن هذا شيئاً إلا أنْ يريد به طلاقاً» فدل على أنه لو قال: كلما أسلمت واحدة فقد طلقتها، صح طلاقها.

والفرق بين الفسخ ـ في أن لا يجوز تعليقه بصفة ـ وبين الطلاق في جواز تعليقه بالصفة: أن الفسخ موضوع لتمييز الزوجة عن الزوجة، فلم يجز تعليقه بالصفة لعدم التميز المقصود فيه. والطلاق حل لنكاح الزوجة، فجاز تعليقه بالصفة لوجود حل النكاح به.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٢.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن خيران وطائفة معه: إن قوله للثمانِ المشركات كلما أسلمت واحدة فهي طالق، لا يصح، لأن الطلاق وإن جاز تعليقه بالصفة فهذا الطلاق ها هنا لا يجوز تعليقه بالصفة، لأنه يتضمن اختياراً أو فراقاً، ولا يجوز تعليق الاختيار بالصفة، كذلك لا يجوز تعليق الطلاق الذي قد تضمن اختيار الصفة، وتناول قائل هذا الوجه كلام الشافعي ها هنا بتأويلين:

أحدهما: أن قول الشافعي: «كلما أسلمت واحدة فقد اخترت فسخ نكاحها» لم يكن هذا شيئاً، إلا أن يريد طلاقها فيصحّ، ويقع الطلاق. وإذا كن زوجاته في الشرك أربعاً لا يزدن عليها، فيقع طلاق كل واحدة منهن إذا أسلمت، لأنه طلاق محض لا يتضمن اختياراً، فجاز تعليقه بالصفة. ولو كن أكثر من أربع، لم يجز لأنه يصير متضمناً للاختيار.

والتأويل الثاني: أن كلام الشافعي حكاية عن حال الزوج، وليس عن لفظ الزوج. ويكون معنى قوله: كلما أسلمت واحدة أن الزوج قال عند إسلام كل واحدة: قد فسخت نكاحها، يريد الطلاق طلّقتْ، لأنه لو اختارها في هذه الحال صحَّ، فصح أن يطلقها.

فعلى هذا لو أسلم معه الثمان كلهن فقال لهن: أيتكن دخلت الدار فقد فسخت نكاحها، لم يجز لأنه فسخ بصفة. ولو قال: أيتكن دخلت الدار فهي طالق، كان على ما ذكرنا من الوجهين:

أحدهما: لا يصح، لأنه يتضمن اختياراً بصفة.

والثاني: يصح تغليباً لحكم الطلاق. فإذا دخلها أربع طلقن وانفسخ نكاح الباقيات، فيصير الطلاق معلقاً به ثلاثة أحكام:

أحدها: اختيار المطلقات.

والثاني: فراقهن.

والثالث: فسخ نكاح من عداهن.

فعلى هذا، لو دخل الثمان الدار كلهن في حالة واحدة لم يتقدم بعضهن بعضاً، وقع الطلاق على الزوجات الأربع منهن وجهاً واحداً، لأنه طلاق لا يتضمن الاختيار، وقيل له: اختر أربعاً منهن، فإذا اخترهن تعين وقوع الطلاق فيهن، وانفسخ نكاح الباقيات بغير طلاق والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو أسلمْنَ معه فقال: لا أختارُ، حُبِسَ حتى يختارَ وأنفقَ عليهُنَّ من مالِهِ، لأنه مانعٌ لهن بعقدٍ متقدِّمٍ، ولا يطلِّق عليه السلطان كما يطلِّقُ على المُوْلى. فإنْ امتنعَ مع الحبْسِ عُزِّر وحُبِسَ حتى يختارَ. فإنْ ماتَ أمرناهُنَّ أن يعتَدِدْنَ للآخر من أربعةِ أشهرٍ وعشرٍ، أو ثلاثِ حيضٍ، ويوقفُ لهنَّ الميراث حتى يصطلِحْنَ فيه)[(١)].

قال الماوردي: وصورتُها في مشرك أسلمَ وأسلمَ معه ثماني زوجات، فعليه أن يختار منهن أربعاً لئلا يصير جامعاً بين ثمانٍ. فإن توقف عن الاختيار، سأله الحاكم عن توقفه، وأمره بتعجيل اختياره لئلا يستديم ما حظره الشرع من الجمع. فإن سأل إنظارَه ليفكر في اختياره ويرتأى في أحظهن له، أنظره ما قلَّ من الزمان الذي يصح فيه فكره. وهل يجوز أن يبلغ بإنظاره ثلاثة أيام، أم لا؟ على قولين كالإنظار للمولى والمرتد.

فإذا اختار بعد الإنظار، فهو مخير بين: أن يختار أربعاً فيكون اختياره لهن فسخاً لنكاح من عداهن، وبين أن يفسخ نكاح أربع فيكون فسخه اختياراً لنكاح من عداهن، إلا أن يكون الباقيات بعد فسخ نكاح الأربع أكثر من أربع، كأنهن عشر فيحتاج بعد فسخ الأربع أن يختار من الست أربعاً، أو يفسخ منهن نكاح اثنتين فيثبت نكاح الأربع. واختياره وفسخه بالقول، فاختياره قولان.

أن يقول: قد اخترت نكاحها، أو قد اخترت إمساكها، أو قد اخترت حبسها، فإن قال: قد اخترتها، صحّ. فكذلك لو قال: قد أمسكتها، لأن الله تعالى يقول: ﴿فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَانٍ﴾[(٢)] وقال النبيّ ﷺ لغيلان: «أمسِكْ أربعاً»[(٣)].

وإن قال: قد حبستُها، لم يصح اختيارها لاحتماله، ولأن الشرح لم يأت به.

وإن قال: قد رددتها، لم يصح اختيارها لاحتمال أن يكون ردها إلى أهلها، أو ردها إلى نفسه. فلو أراد به الاختيار لم يصح، لأن الاختيار يجري مجرى عقد النكاح الذي لا يصح إلا بالتصريح دون الكناية.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٢، وفيه: «الآخر»: بدل: «للآخر». وهو أصوب.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.

(٣) سبق تخريجه.

وفسخه قولاً أن يقول: قد فسخت نكاحها، أو قد رفعت نكاحها، أو قد أنزلت نكاحها، فكل ذلك فسخ صريح، لأنها ألفاظ مشتركة المعاني.

ولو قال: قد صرفتها، أو أبعدتها، كان كناية يرجع إلى إرادته فيه. فإن أراد به الفسخ صحّ، لأن الفسخ يجري مجرى الطلاق الذي يصح بالصريح وبالكناية فلو قال: قد حرمتها، كان كناية يحتمل الفسخ، ويحتمل الطلاق، فإن أراد به الطلاق، كان اختياراً. وإن أراد به الفسخ، كان فسخاً. وإن لم يكن له إرادة، لم يكن طلاقاً. وهل يكون فسخاً أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يكون فسخاً، لأن المفسوخ نكاحها محرمة.

والوجه الثاني: لا يكون فسخاً لأمرين:

أحدهما: أن إحداهما أن الكناية إذا تجردت عن نية لم يتعلق بها حكم.

والثاني: أنه حكم ثبت بعد الفسخ، فاقتضى أن يتقدمه ما يقع به الفسخ. فلو قال: قد فارقتها، كان فسخاً. ولو قال: قد طلقتها، كان اختياراً.

والفرق بينهما وإن كانا صريحين في طلاق الزوجات: إن الطلاق لا يقع إلا على زوجة، فلذلك جعلناه اختياراً. والفراق قد يقع على زوجة، فيكون طلاقاً، وعلى غير الزوجة فيكون إبعاداً، فلذلك جعل فسخاً.

فلو قال: أردت بالفراق الطلاق، قبل منه وصار اختياراً وطلاقاً. ولو قال: أردت بالطلاق الفسخ، لم يقبل منه لأن الطلاق لا يقع إلا على زوجة، والفسخ لا يكون ها هنا إلا لغير زوجة.

فأما إذا قال: قد سرحتها، كان كالفراق. فإما إذا ظاهر منها، أو آلى، لم يكن اختياراً ولا فسخاً، لأن الظهار والإيلاء قد تخاطب به الزوجة وغير الزوجة، وإن لم يستقر حكمهما إلا في زوجة. وإذا لم يكن الظهار في الحال اختياراً ولا فسخاً، نظر في التي ظاهر منها، وإلا فإن اختار فسخ نكاحها سقط حكم ظهاره وإيلائه منها. وإن اختار جنس نكاحها، ثبت ظهاره وإيلاؤه، لأنها كانت زوجة وقت ظهاره وإيلائه.

فصل: فأما إذا وطىء من الثمان الموقوفات على اختياره وفسخه أربعاً فهل يكون وطؤه اختياراً أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يكون اختياراً لهن، كما يكون وطء البائع للجارية المبيعة في خيار الثلاث اختياراً لفسخ البيع. فعلى هذا، قد ثبت بوطئهن اختيار نكاحهن، وانفسخ به نكاح من عداهن.

والوجه الثاني: أن لا يكون اختياراً، لأن الاختيار يجري مجرى عقد النكاح، والنكاح لا يعقد إلا بالقول دون الفعل، فكذلك الاختيار. وخالف الفسخ في البيع، لأنه استفادة ملك، والاملاك قد يستفاد بالفعل كالسبي وبالقول كالبيع، فجاز أن يستفاد ملكه بالقول والفعل، فعلى هذا يكون على خياره في اختياره من شاء من الموطوءات وغيرهن.

فإن اختار إمساك الموطوءات ثبت نكاحهن، وكانت إصابته لهن إصابة في زوجية، فلا يجب بها لهن مهر، ولا يجب بها عليهن عدة. وإن اختار إمساك غير الموطوءات ثبت نكاحهن بالاختيار، وانفسخ نكاح الموطوءات وكانت إصابته لهن إصابة شبهة لأجنبيات، فلا حد عليه لأجل الشبهة، وعليه لهن مهور أمثالهن، وعليهن العدة، وتكون عدة الفسخ والإصابة معاً يتربصن بأنفسهن أبعد الأجلين وهو الفسخ، لأنه بعد الوطء.

فصل: فإذا تقرر ما وصفناه من حكم اختياره وفسخه، فأقام على الامتناع منهما، فلم يختر ولم يفسخ، حبسه السلطان تأديباً لمقامه على معصية، ولامتناعه من حق، ولإضراره بموقوفات على اختياره، فإن أقام على الامتناع بعد حبسه عزره ضرباً بعد أن عزره حبساً، ولم يجز أن يختار السلطان عليه أو يفسخ، وإن جاز في أحد قوليه أن يطلق على المولى إذا امتنع من الفيئة أو الطلاق. والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الاختيار كالعقد الذي لا يجوز أن يعقد عليه جبراً، فلم يجز أن يختار عليه جبراً. والطلاق كالفسخ الذي يجوز أن يفسخ عليه جبراً، فجاز أن يطلق عليه جبراً.

والثاني: أن الطلاق في الإيلاء معين لا يوقف على الرضا والشهود، فجاز إيقاعه جبراً.

وإذا كان هكذا أطيل حبسه وتعزيره حتى يجب إلى الاختيار والفسخ بنفسه.

فصل: ثم لهن في زمان حبسه ووقفهن على اختياره وفسخه النفقة والسكنى، لأنهن موقوفات عليه بنكاح سابق، فكان أسوأ، أحوالهن أن يجرين مجرى المطلقة الرجعية في زمان عدتها في وجوب النفقة والسكنى لها. فإن مات الزوج سقطت نفقاتهن، لزوال ما

أوجب النفقة من وقف نكاحهن، فلم يجز أن يختار بعد موته، لأن الاختيار لا تصح فيه النيابة، ولا يجوز أن يوقعه الحاكم جبراً. ويعلق بموته فصلان:

أحدهما: في العدة.

والثاني: في الميراث.

فأما العدة ففيهن أربع زوجات يلزمهن عدة الوفاة، وفيهن أربع مفارقات يلزمهن عدة الاستبراء من وطء، وليس تتميز الزوجات من غيرهن، ولا يخلو حالهن فيها من ثلاثة أقسام.

إما أن يكن من ذوات الحمل.

أو من ذوات الأقراء.

أو من ذوات الشهور.

فإن كن حوامل اعتددن بوضعه وقد استوت فيه عدة الوفاة وعدة الاستبراء.

وإن كن من ذوات الشهور لصغر أو إياس، فعدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً، وعدة الآيسة ثلاثة أشهر، فتعتد كل واحدة بأطول العدتين وهي أربعة أشهر وعشراً.

وإن كن من ذوات الأقراء، فعدة الوفاة فيهن أربعة أشهر وعشراً، وعدة الاستبراء ثلاثة أقراء، فتعتد كل واحدة منهن بأبعد الأجلين من أربعة أشهر وعشراً، أو ثلاثة أقراء، لتكون مستبرئة لنفسها بيقين. فإن مضت ثلاثة أقراء قبل أربعة أشهر وعشراً، استكملت تمام أربعة أشهر وعشراً ولجواز أن تكون زوجة، أو مضت أربعة أشهر وعشراً قبل ثلاثة أقراء استكملت ثلاثة قروء، لجواز أن تكون مستبرأة من غير زوجية.

فصل: فأما الميراث فيوقف لهن إن لم يحجبن الربع وإن حجبن الثمن، لأن منهنَّ أربع زوجات وارثات، وإن لم يتعين فيكون موقوفاً على صلحهن. فإن اصطلحن عليه متساويات أو متفاضلات، أو على تعيين أربع منهن يقتسمنه وتحرم الباقيات، جاز إلا أن يكون فيهن محجور عليها لصغر أو جنون.

قال الشافعي في كتاب الأم: فليس لوليها أن يصالح عنها بأقل من نصف ميراث الزوجة، وهو الثمن الموقوف لهن من ربع أو ثمن[1]. لأنهن لما كن ثمانياً متساويات

---

(١) راجع قول الشافعي في الأم باب ترك الخيار والفدية: ٥/ ٥٤.

الأحوال، كان الظاهر من وقف ذلك عليهن تساويهن فيه، وأن الموقوف على كل واحدة منهن ثمن الوقف، فلم يجز أن يصالح الولي على أقل من مقتضى الوقف.

فلو كان وقف ميراثهن على حاله فجاءت واحدة تطلق من الموقوف شيئاً، لم تعط لجواز أن تكون أجنبية، وكذلك لو جاء منهن اثنتان أو ثلاث أو أربع لجواز أن يكون الأربع كلهن أجانب، والأربع الباقيات زوجات، فإن جاء منهن خمس تحققنا حينئذ أن فيهن زوجة، فدفعنا الثمن إذا طلبن تعين ما لهن وهو ربع الموقوف من ربع، أو ثمن. وهل يدفع ذلك إليهن بشرط الرضى به عن حقهن؟ فيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: أنه لايدفع ذلك إليهن إلا على شرط الرضا به عن حقهن، وإلا منعن منه حتى يتراضى جميعهن. فعلى هذا، إذا دفع ذلك إليهن على هذا الشرط وجب دفع الباقي من الميراث الموقوف وهو ثلاث أرباعه إلى الثلاث الباقيات.

والوجه الثاني: أنه لا يلزمه اشتراط ذلك عليهن في الدفع. فعلى هذا، يكون الباقي من ثلاثة أرباع ميراثهن موقوفاً على جميعهن، ولا يدفع إلى الثلاث الباقيات.

والأول من الوجهين أصح، لأنه لا يجوز أن ينفرد بعضهن بشيء من الموقوف على جميعهن إلا عن تراض واصطلاح. فلو كان المطالبات منهن ستاً، دفع إليهن نصف الموقوف من ميراثهن، لأن فيهن زوجتين، وكان النصف الباقي على الوجهين. ولو كان فيهن سبع، دفع إليهن ثلاثة أرباع الموقوف، لأن فيهن ثلاث زوجات، وكان الربع الباقي على الوجهين. ولو كان الثمان كلهن يطلبن، دفع إليهن جميع ميراثهن لأنه موقوف عليهن، وليس فيه حق لغيرهن.

فصل: وإذا أسلم المشرك عن ثماني زوجات مشركات: أربع منهن وثنيات أسلمن معه، وأربع كتابيات بقين على دينهن، كان بالخيار بين: أن يختار إمساك الأربع الكتابيات، فإن مات عنهن لم يرثنه وبين أن يختار بعض المسلمات وبعض الكتابيات، فإن مات ورثه المسلمات دون الكتابيات. فلو مات قبل اختيار أربع منهن، فقد اختلف أصحابنا هل يوقف ميراثهن من تركته، أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي القاسم الداركي: لا يوقف لهن شيئاً، لأننا نوقف ما تحققنا

استحقاقه وجهلنا مستحقه. وقد يجوز أن تكون الزوجات منهن الذميات فلا يرثن، فلذلك لم يوقف ميراث الزوجات.

والوجه الثاني: يوقف ميراث الزوجات، لأن باقي الورثة لا يجوز أن يدفع إليهم إلا ما تحققنا استحقاقهم له، فلا يدفع إليهم مشكوكاً فيه، وقد يجوز أن تكون زوجاته منهن المسلمات، فلا يكون لباقي الورثة في ميراثهن حق، فلذلك كان موقوفاً. والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وإن أسلمَ وعندَهُ وثنيّةٌ ثم تزوّجَ أختَها أو أربعاً سواها في عدّتَها، فالنّكاحُ مفسوخٌ. قال المزني: أشبه بقوله أنَّ النكاح موقوف، كما جعلَ نكاح من أسلم موقوفاً. فإن أسلمَتْ في العدَّة، علم أنها لم تزلْ امرأتَهُ، وإن انقضَتْ قبل أن تسلمَ علمَ أنه لا امرأةَ له، فيصحَّ نكاحُ الأربع، لأنه عقدهن ولا امرأةَ له)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا أسلم المشرك عن زوجة وثنية وهي جارية في عدتها في الشرك، فنكح أختها أو خالتها أو عمتها، أو أربعاً سواها، كان نكاحه باطلاً.

وقال المزني: يكون موقوفاً على إسلام الوثنية، فإن أسلمت بطل عقده على أختها وعلى أربع سواها، لعلمنا أنها كانت زوجة. وإن لم تسلم حتى انقضت عدتها، صح عقده على أختها وعلى أربع سواها، لعلمنا أنها لم تكن زوجة. قال: لأنه لما كان نكاح الوثنية موقوفاً، جاز أن يكون نكاح أختها موقوفاً.

وهذا خطأ، لأن عقد النكاح إذا لم يقع ناجزاً لم يقع موقوفاً وكان باطلاً، والعقد على أخت زوجته ليس بنكاح، فبطل، ولم يكن موقوفاً. ألا تراه لو نكح مرتدة ليكون العقد عليها موقوفاً على إسلامها لم يجز وكان باطلاً، لأنه ينعقد ناجزاً. ولأنه لو نكح أخت زوجته المرتدة كان باطلاً ولم يكن موقوفاً على إسلامها، كذلك إذا نكح أخت زوجته الوثنية. ولأنه نكح من لا يقدر على الاستمتاع بها، فكان نكاحها باطلاً كنكاح المرتدة والوثنية.

فأما استدلاله بوقف نكاح المشرك ففاسد، لأن حل النكاح يجوز أن يكون موقوفاً وعقده لا يجوز أن يكون موقوفاً لوقوع الفرقة بين ابتداء العقد واستدامته، ألا تراه لو نكح محرمة أو معتدة بطل نكاحها لوجود المنع من ابتدائه، ولو طرأت العدة أو الإحرام عليها بعد نكاحها لم يمنع من استدامته؟.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٢، وفيه: «تسلم» بدل: «أسلم»، وهو أصحّ.

فصل: فأما إذا أسلمت الزوجة قبل الزوج، فنكح الزوج في الشرك أختها أو خالتها، صح النكاح. وإن كانت الأخت المسلمة في العدة، لأن مناكح الشرك معفو عنها. فإن أسلم وأسلمت معه المنكوحة في الشرك وأختها باقية في العدة، صار كالمشرك إذا أسلم مع أختين، فيكون بالخيار في إمساك المتقدمة والمتأخرة.

وحكي عن أبي حامد الاسفرائيني: أنه يمسك المتقدمة، ويبطل نكاح المتأخرة، لأن نكاحها ثبت بالإسلام من نكاح المتأخرة.

وهذا غير صحيح، لأن نكاح الزوج لهما معاً في الشرك، فصار حكم نكاحه للثانية بعد إسلام الأولى كحكم نكاحه لها مع شرك الأولى اعتباراً بالمتعاقدين دون غيرهما والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو أسلمَتْ قبلَهُ ثم أسلمَ في العدَّةِ أو لم يسلِمْ حتى انقضَتْ عدَّتُها، فلها نفقَةُ العدّةِ في الوجهين معاً، لأنها محبوسَةٌ عليه متى شاء أن يسلِمَ كانا على النّكاح)[1].

قال الماوردي: وصورتها في زوجين مشركين أسلمت الزوجة منهما بعد الدخول، فلها النفقة في زمان عدتها أسلم الزوج أو تأخر لمعنيين:

أحدهما: أن الإسلام فرض مضيق فلم يسقط به نفقتها، وإن منع من الاستمتاع كالصلاة والصيام المفروضين.

والثاني: إن إسلامهما المانع من الاستمتاع بها يقدر الزوج على تلافيه بإسلامه في عدتها، فلم تسقط به نفقتها كالطلاق الرجعي. وحكى أبو علي بن خيران، قولاً آخر: إنه لا نفقة لها لأنها منعته نفسها بسبب من جهتها، فاقتضى أن تسقط به نفقتها، وإن كانت فيه طائعة كالحج. وهذا القول إن حكاه نقلاً فهو ضعيف، وإن كان تحريراً فهو خطأ من وجهين:

أحدهما: إن الحج موسع الوقت لأنه على التراخي، والإسلام مضيق الوقت لأنه على الفور، فصارت بالإسلام فاعلة ما لا يجوز تأخيره، وبالحج فاعلة ما يجوز تأخيره.

والثاني: أن تحريمها بالحج لا يمكنه تلافيه، وتحريمها بالإسلام يمكنه تلافيه.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٢.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو كان هو المسلمُ لم يكُنْ لها نفقَةٌ في أيّام كُفْرِها، لأنها المانِعَةُ نفسَها منه)[١].

قال الماوردي: وصورتها، أن يسلم الزوج قبلها، فإن تأخر إسلامها حتى انقضت عدتها فلا نفقة لها، لأنها بالتأخير عن الإسلام كالمرتدة والناشز.

فإن قيل فالمنع من جهته لا من جهتها، فهلا كان لها النفقة كما لو حج؟ قيل: قد كان أبو علي بن خيران يلتزم لهذا التعليل قولاً آخر: إن لها النفقة إمّا نقلاً وإما تخريجاً. وليس بصحيح، لأن الإسلام فرض مضيق الوقت بخلاف الحج، ثم هو منع لا يقدر على تلافيه، فلم يمنع كونه من جهته أن تسقط به النفقة كالطلاق الثلاث. ولو أسلمت الزوجة قبل انقضاء عدتها وجبت نفقتها بعد إسلامها لاستقرار الزوجية وعود الإباحة، وهل لها نفقة المدة الماضية في شركها أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وهو قوله في القديم: لها النفقة لأنها كانت زوجة فيما لم تزل. وبناء على قوله القديم: أن النفقة تجب بالعقد، وتستحق بالتمكين.

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد: لا نفقة لها، لأن مدة التأخر كالنشوز، وإن كانت زوجة، وبناء على قوله في الجديد أن النفقة تجب بالعقد والتمكين والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو اختلفا فالقولُ قولُه مع يمينه)[٢].

قال الماوردي: وهو صحيح، وهو اختلاف في وجوب النفقة. ولإطْلَاقِهِ تفصيل، وهو على ضربين:

أحدهما: أن يختلفا بعد وقوع الفرقة في أيهما تقدم بالإسلام، فيقول الزوج: أسلمْتُ قبلك وأسلمْتِ بعدي وقد انقضت عدَّتُك، فلا نفقةَ لكِ. وتقول الزوجة: بل أسلمْتُ أنا قبلكَ واسلمْتَ بعدي، وقد انقضَتْ عدَّتي، فلي النفقةُ، فالقول قول الزوج مع يمينه، ولا نفقة لها لأمرين:

أحدهما: إنها مدعية، وهو منكر.

والثاني: أن العقد ارتفع باختلاف الدينين، فاقتضى الظاهر سقوط النفقة بارتفاعه.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٢.
(٢) مختصر المزني، ص: ١٧٢.

والضرب الثاني: أن يختلفا مع بقاء النكاح واجتماعهما في الإسلام فيه قبل انقضاء العدة، ففي المراد باختلافهما في هذا الموضع ثلاثة تأويلات:

أحدها: أن تقول الزوجة: أسلمْتُ قبلك، وأسلمْتَ بعدي في العدة، فلي النفقة. ويقول الزوج: بل أسلمْتُ أنا قبلَكِ وأنْتِ بعدي، فلا نفقةَ لَكِ، فالقول قول الزوج مع يمينه، ولا نفقة لها لما ذكرنا من الأمرين.

والتأويل الثاني: أن يختلفا فتقول الزوجة: أسلمْتُ قبلك بشهرٍ، فلي عليك نفقةَ شهرٍ. ويقول الزوج: بل أسلمْتِ قبلي بيومٍ، فلكِ نفقةَ يومٍ، فالقولُ قولُ الزوج مع يمينه لما ذكرنا.

والتأويل الثالث: أن يختلفا فتقول: لي منذُ أسلمْت بعدك شهر فلي نفقةُ شهرٍ. ويقول الزوج: لكِ منذ أسلمْتِ بعدي يومٌ فلكِ نفقةُ يومٍ، فالقول قول الزوج مع يمينه، وليس لها إلا نفقة يوم واحد لما ذكرنا والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: **(ولو أسلمَ قبلَ الدُّخُول، فلِها نصفُ المهر إنْ كان حلالاً، ونصفُ مهرٍ مثلها إنْ كان حراماً، ومتعة إن كان ما فرضَ لها شيئاً[1]، لأن الفسخَ من قبلِهِ. ولو كانت هي التي أسلمَتْ قبلَهُ فلا شيء لها من صِدَاقٍ ولا غيرِهِ، لأن الفسخَ من قبلها. وإنْ أسلما معاً، فهما على النكاح)[2].**

قال الماوردي: وهذا كما قال، لأنه قدم حكم الإسلام قبل الدخول، ثم ذكرها هنا حكم الإسلام قبل الدخول وهو على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يتقدم إسلام الزوج.

والثاني: أن يتقدم إسلام الزوجة.

والثالث: أن يسلما معاً.

فإن تقدم إسلام الزوج فقد بطل النكاح، لأن ما أفضى إلى الفرقة وكان قبل الدخول وقعت به البينونة كالردة والطلاق الرجعي، ولا عدة عليها لعدم الدخول بها، ولا نفقة لها لسقوط العدة عنها. فأما الصداق فلها نصفه، لأن الفسخ من قبله بسبب لا تقدر الزوجة على تلافيه، فأشبه الطلاق.

---

(١) في مختصر المزني: إنْ لم يكن فرض لها.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٧٢.

فإن قيل: فقد كان يمكنها تلافيه بأن تسلم معه. قيل: هذا يشق فلم يعتبر، وربما تقدم إسلامه وهي لا تعلم. وإذا كان لها الصداق لم يخل حاله في العقد من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون قد سمى فيه مهر حلال، فلها نصفه.

والثاني: أن يكون قد سمى فيه مهر حرام، فلها نصف مهر المثل.

والثالث: لا يسمى فيه مهر، فلها منعه كالطلاق في هذه الأحوال.

وإن تقدم إسلام الزوجة فقد بطل النكاح لما ذكرنا، ولا مهر لها لأن الفسخ جاء من قبلها، ولم يقدر الزوج على تلافيه فسقط مهرها.

فإن قيل: يقدر على تلافيه بإسلامه معها، كان الجواب ما مضى، وخالف وجوب النفقة إذا تقدم إسلامه بعد الدخول، لأنه منع يقدر الزوج على تلافيه. وإن أسلما معاً فهما على النكاح، لأن الفرقة تقع باختلاف الدينين، ولم يختلف ديناهما إذا اجتمعا على الإسلام معاً، لأنهما كانا في الشرك على دين واحد فصارا في الإسلام على دين واحد، فلذلك كان النكاح بينهما ثابتاً.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وإنْ قال: أسلمَ أحدُهما قبل صاحبه فالنِّكاحُ مفسوخٌ، ولا نصفَ مهرٍ حتى يعلمَ)[1].

قال الماوردي: وصورتها، أن يسلم أحد الزوجين المشركين قبل الدخول، ويسلم الآخر بعده، ويشكل عليهما أيهما تقدم بالإسلام، فالنكاح قد بطل لاستواء بطلانه إن تقدم إسلام الزوج، أو تقدم إسلام الزوجة ولم يكن للإشكال تأثير فيه. فأما المهر فله حالتان:

أحدهما: أن تكون الزوجة قد قبضته في الشرك.

والثاني: لم تقبضه.

فإن لم تكن قبضته، فلا مطالبة لها بشيء منه لأنها تشك في استحقاقه لأنه إن أسلم قبلها استحقت نصفه، وإن أسلمت قبله لم تستحق شيئاً منه. ومن شك في استحقاق ما لم يكن له المطالبة به، كمن كان له دين فشك في قبضه. وإن كانت الزوجة قد قبضت منه جميع المهر فله الرجوع عليها بنصفه، لأنه بوقوع الفرقة قبل الدخول تستحقه بيقين. فأما الآخر

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٢.

فلا رجوع له به، لأنه شاك في استحقاقه لجواز أن يكون قد أسلم قبلها فلا تستحقه، أو أسلمت قبله فتستحقه. والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وإنْ تداعيا، فالقولُ قولُها مع يمينِها، لأنّ العقدَ ثابتٌ ولا يبطلُ نصفُ المَهْرِ إلا أن تسلمَ قبله)[١].

قال الماوردي: وصورتها، أن يسلم أحد الزوجين قبل صاحبه ولا دخول بينهما، ثم يختلفان أيهما تقدم إسلامه، فيقول الزوج: أنت تقدّمَتِ بالإسلام فلا مهرَ لكِ، وتقولُ الزوجة. بل أنتَ تقدّمْتَ بالاسلامِ فلي نصفُ المهرِ، فالقولُ قولُ الزوجة مع يمينها إن الزوج تقدم بالإسلام عليها، ولها نصف المهر.

وإنما كان كذلك لأن الأصل في المهر استحقاقه بالعقد، فلم تقبل دعوى الزوج في إسقاطه، كمن عليه دين فادعى دفعه، لم يقبل منه اعتباراً بالأصل في ثبوته وعدولاً عن دعوى إسقاطه.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو قالت: أسلمَ أحدُنا قبل صاحبه، وقال هو: معاً، فالقولُ قولهُ مع يمينه، ولا تصدقُ على فسخ النكاح وفيها قولٌ آخر: إن النّكاحَ مفسوخٌ حتى يتصادقا. قال المزني: الفصل)[٢].

قال الماوردي: وصورتها في زوجين أسلما قبل الدخول ثم اختلفا، فقال الزوج: أسلمنا معاً، فنحنُ على النكاحَ وقالت الزوجة: لا، بل أسلم أحدنا قبل صاحبه، فلا نكاح بيننا، فيه قولان:

أحدهما: وهو اختيار المزني: أن القول قول الزوج في بقاء النكاح مع يمينه، لأمرين:

أحدهما: أن الأصل ثبوته فلم تقبل دعوى إسقاطه.

والثاني: أن الزوجين لو اختلفا بعد الدخول فقال الزوج: اجتمع إسلامنا في العدة

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٢.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٧٢. وتتمة الفصل: «قال المزني: أشبه بقوله أن لا ينفسخ النكاح بقولها، كما لم ينفسح نصف المهر بقوله. وقال المزني: وقد قال: لو كان دخل بها فقالت: انقضت عدّتي قبل إسلامك، وقال: بل بعد، فلا تصدّق على فسخ ما ثبت له في النكاح».

فنحن على النكاح، وقالت الزوجة: اجتمع إسلامنا بعد العدة، لكان القول قول الزوج مع يمينه في بقاء النكاح اعتباراً بثبوت أصله، كذلك إذا كان اختلافهما قبل الدخول.

والقول الثاني: أن القول قول الزوجة مع يمينها، لأن الدعوى إذا تعارضت وكان الظاهر مع أحدهما، غلب دعوى من ساعده الظاهر كالمتداعيين داراً هي في يد أحدهما، لما كان الظاهر مساعداً لصاحب اليد منهما غلبت دعواه، كذلك ها هنا تساوى دعواهما. والظاهر مساعد للزوجة، لأن اجتماع إسلامهما حتى لا يسبق لفظ أحدهما للآخر بحرف متعذر في الغالب، واختلافهما فيه هو الأظهر الأغلب، فوجب أن يغلب فيه قول من ساعده هذا الظاهر وهي الزوجة، فكان القول قولها مع يمينها في وقوع الفرقة، عدولاً عن الأصل بظاهر هو أخص.

وهذا بخلاف تنازعهما في المهر، لأنه لم يكن مع اختلافهما فيه ظاهر يعدل به عن الأصل، فاعتبر فيه حكم الأصل.

فصل: فأما إذا اختلفا بعد الدخول فقالت الزوجة: أسلمتُ أيُّها الزوجُ بعد انقضاء عدتي، فلا نكاحَ بيننا. وقال الزوج: بل أسلمْتِ قبل انقضاء عدَّتِكِ فنحنُ على النكاح. فالذي نص عليه الشافعي: إن القول قول الزوج مع يمينه اعتباراً بالأصل في ثبوت النكاح، ونص في مسألتين: إن القول قول الزوجة في بطلان النكاح بخلاف هذا.

إحداهما: المطلقة الرجعية إذا قال الزوج: راجعتك قبل انقضاء عدتك فنحن على النكاح، وقالت الزوجة: بل انقضت عدتي قبل رجعتك، فلا نكاح بيننا. قال الشافعي: القول قول الزوجة مع يمينها، ولا رجعة.

والمسألة الثانية: إذا ارتد الزوج المسلم بعد الدخول ثم عاد إلى الإسلام واختلفا، فقال الزوج: أسلمْتِ قبل انقضاء عدتك فنحنُ على النكاح، وقالت الزوجة: بل انقضت عدتي قبل إسلامِكَ، فلا نكاحَ بيننا. قال الشافعي: القول قول الزوجة مع يمينها، فجعل في مسألة الرجعة والردة القول قول الزوجة في رفع النكاح، وجعل في إسلام المشركين القول قول الزوج في بقاء النكاح. فاختلف أصحابنا في هذه المسائل الثلاث على ثلاثة طرق.

أحدها: أن نقلوا جوابه في الرجعة والردة إلى الإسلام في حق الزوجين، وجوابه في إسلام الزوجين إلى الرجعة والردة، وخرجوا المسائل الثلاث على قولين:

أحدهما: أن القول فيهن قول الزوج في بقاء النكاح على ما نص عليه في إسلام الزوجين.

والثاني: أن القول قول الزوجة في رفع النكاح على ما نص عليه في الرجعة والردة. ولعل هذه الطريقة طريقة أبي حفص بن الوكيل، وأبي الطيب بن سلمة.

والطريقة الثانية: أنه ليس ذلك على اختلاف قولين، وإنما هو على اختلاف حالين. فالموضع الذي يجعل فيه القول قول الزوجة في رفع النكاح إذا بدأت فأخبرت بانقضاء عدتها قبل رجعة الزوج وإسلامه، فادعى الزوج تقدم رجعته وإسلامه، فالقول قولها. والموضع الذي جعل فيه القول قول الزوج في بقاء النكاح إذا بدأ فأخبر أنه رجع وأسلم في العدة، فادعت الزوجة انقضاء عدتها قبل الإسلام والرجعة، لأن قول من سبق منهما مقبول، فلم يبطل بما حدث بعده من دعوى، وهذه طريقة أبي علي بن خيران.

والطريقة الثالثة: بل هو على اختلاف حالين على غير هذا الوجه، إن القول قول من اتفقا على صدقه في زمان ما ادعاه لنفسه. مثاله: أن تقول الزوجة: انقضت عدتي في رمضان وأسلمْتَ أنت، أو راجعت في شوال، فقال: بل أسلمت وراجعت في شعبان، فالقول قول الزوجة لاتفاقهما على زمان انقضاء عدتها واختلافهما في رجعة الزوج وإسلامه.

ولو قال الزوج: لعمري إنني أسلمت وراجعت في شوال، لكنْ انقضت عدّتُكِ في ذي القعدة، كان القول قول الزوج لاتفاقهما على زمان إسلامه ورجعته، واختلافهما في زمان انقضاء عدتها والله أعلم.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من اختلاف أصحابنا في هذه المسائل، فإن جعل القول فيهن قول الزوجة في رفع النكاح لم يكن لما احتج به المزني في نصرة قوله وصحة اختياره وجه.

وإن جعل القول فيهن قول الزوج في بقاء النكاح، توجه له الاحتجاج بهن وكان الفرق بينهن في أن القول قول الزوج في بقاء النكاح، وبين مسألتنا في أن القول في أحد القولين قول الزوجة في رفع النكاح، وإن الدعوى في المسائل الثلاث، متقابلة، وليس مع أحدهما ظاهر، فاعتبر حكم الأصل. وفي مسألتنا مع أحدهما ظاهر، فاعتبر حكم الظاهر دون الأصل.

فصل: فأما إذا قالت الزوجة: أسلمنا معاً فنحنُ على النكاح، وقال الزوج: لا بل أسلم أحدنا قبل صاحبه، فلا نكاح بيننا، فالقول قول الزوج في رفع النِكاح بلا يمين، لأنه مقر بالفرقة، وإقراره بها يلزمه. ولو رجع عنها لم يقبل منه، ولم يقبل قوله في سقوط نصف المهر، لأن الأصل ثبوته.

فصل: وإذا أسلم الزوج بعد الدخول، ثم أسلمت الزوجة في عدتها وقد ارتد الزوج عن الإسلام، فإنه يجري عليها حكم اجتماع الإسلاميين في العدة، لأنه لا يخرج بالردة من أحكام المسلمين، ويكون نكاح الشرك بينهما ثابتاً بإسلامهما في العدة، ويستأنف حكم الفرقة بالردة من وقت ردته. فإن عاد منهما إلى الإسلام قبل أن يمضي بعد الردة زمان العدة، كانا على النكاح. وإن لم يعد بطل النكاح بردته.

فلو أسلم الزوج المشرك وأسلم بعده خمس وقد ارتد الزوج عن الإسلام، لم يكن له أن يختار منهن في حال ردته أحداً، لأن الاختيار يجري مجرى ابتداء العقد، وهو لا يجوز أن يعقد، فلم يجز أن يختار. والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو كانَتْ عنده امرأةٌ نكحَها في الشِّرك بمتعَةٍ، أو على خيارٍ، انفسخَ نكاحُها لأنه لم ينكَحْها على الأبد)[1].

قال الماوردي: أما إذا نكح في الشرك نكاح متعة وهو أن يقول: امتعيني بنفسك، فهو نكاح إلى سنة. فإذا أسلما عليه فلا نكاح بينهما، لأنهما إن أسلما بعد انقضاء المدة فلا نكاح، وإن أسلما قبل انقضائها فلم يعتقدا تأبيده، والنكاح ما تأبد. وأما إذا نكحها بخيار فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون الخيار مؤبداً، فالنكاح إذا أسلما عليه باطل، لأنهما لم يعتقدا لزومه، والنكاح ما لزم.

والضرب الثاني: أن يكون الخيار موقتاً، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يسلما ومدة الخيار باقية، فالنكاح باطل لما ذكرنا.

والضرب الثاني: أن يسلما بعد انقضاء مدة الخيار فالنكاح جائز، لأن ما انقضى مدة خياره صار منعقد اللزوم.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٢.

وأما إن نكحها في العدة ثم أسلما، فإن كانت العدة وقت إسلامهما باقية فالنكاح باطل، لأنه لا يجوز أن يبتدىء العقد عليها، فلم يجز أن يقيم على نكاحها. وإن كانت العدة قد انقضت وقت إسلامهما، ففيه وجهان:

أحدهما: أن النكاح باطل، لأن العدة لا تنقضي إذا كانت تحت زوج فصارت مسلمة مع بقاء العدة.

والوجه الثاني: أن النكاح صحيح، لأن مناكح الشرك معفو عنها.

وإذا أسلمت بعد انقضاء مدة العدة، فقد استهلكتها على الزوج الأول في الشرك فسقط حكمها، وإذا كانت المدة باقية لم تستهلك عليه ما بقي منها فافترقا.

فأما إذا قهر المشّرك في دار الحرب مشركة على نفسها، فزنى بها ثم أسلما، فإن كانوا يعتقدون في دينهم أن القهر على النفس نكاح مستدام صار ذلك من عقود مناكحهم المعفو عنها، فيحكم بصحة النكاح بعد الإسلام. وإن كانوا لا يعتقدونه في دينهم نكاحاً، فلا نكاح بينهما إذا أسلما والله أعلم.

بابُ الْخِلَافِ فِي إمْسَاكِ الْأَوَاخِرِ[١]

قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (احتججْتُ على مَنْ يبطِلُ نكاحَ الأواخِرِ بقول النبي ﷺ لابن الدّيلمي وعندَهُ أُختان إخْتَرْ أيّتهما شِئْتَ وفارِقِ الأُخْرَى وبما قال لنوفل بن معاوية، إلى آخر الباب)[٢].

قال الماوردي: وهذا كما قال، قد مضى وذكرنا أن المشرك إذا أسلم مع أكثر من أربع زوجات، فهو مخير بين إمساك الأوائل أو الأواخر، بخلاف ما قاله أبو حنيفة، من إمساك الأوائل دون الأواخر، احتجاجاً بما مضى.

فحكى الشافعي رحمه الله مناظرته لمحمد بن الحسن، على ذلك، فرجع إلى قول الشافعي، وعدل عن قول صاحبيه أبي حنيفة وأبي يوسف، واحتجاجه في ذلك ما قدمناه، فلم يحتج إلى إعادته. وبالله التوفيق.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٣.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٧٣. وتتمة الباب: وتخييره غيلان، فلو كان الأواخر حراماً ما خيّره رسول الله ﷺ. وقلت له: أحسن حالة أن يعقدوه بشهادة أهل الأوثان. قلت: ويروى أنهم كانوا ينكحون في العدة وبغير شهود، قال: أجل، قلت: وهذا كله فاسد في الإسلام، قال: أجل، قلت: فلما لم يسأل النبي ﷺ عن العقد، كان عفواً لفوته، كما حكم الله ورسوله ﷺ يعفو الربا إذا فات بقبضه، وردّ ما بقي لأن الإسلام أدركه، كما ردّ ما جاوز أربعاً، لأن الإسلام أدركهنّ معه، والعقد كلها لو ابتدأت في الإسلام فاسدة، فكيف نظرت إلى فسادها مرّة ولم تنظر إلى أخرى؟ فرجع بعض أصحابهم. وقال محمد بن الحسن: ما علمتُ أحداً احتجّ بأحسن ممّا احتججت به، ولقد خالفت أصحابي فيه منذ زمان. ولا ينبغي أن يدخل على حديث النبي ﷺ القياس.

بابُ ارْتِدَادِ الزَّوْجَيْنِ أَوْ أَحَدهمَا[1]

قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وإذا ارتدّا، أو أحدهما، مُنِعا الوطْءَ فإن انقضَتِ العدَّةُ قبلَ اجتماعِ إسلامهما، انفسخَ النِّكاحُ، ولها مهرُ مثلها إنْ أصابَها في الرِّدَّة. فإن اجتمعَ إسلامُهما قبلَ انقضاء العدةِ، فهما على النِّكاح)[2].

قال الماوردي: وهذا الفصل يشتمل على مسألتين:

أحدهما: أن يرتد أحد الزوجين من المسلمين.

والثانية: أن يرتدا معاً. فإذا ارتد أحدهما فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون قبل الدخول، فالنكاح قد بطل بردة أحدهما وهو إجماع، لأن ما أثر في الفرقة قبل الدخول أبتها كالطلاق الرجعي، ولذلك أبطلنا نكاح الزوجين المشركين إذا أسلم أحدهما قبل الآخر. وإذا بطل النكاح بردة أحدهما قبل الدخول، نظر في المرتد منهما: فإن كان هو الزوج، فعليه نصف المهر لأن الفسخ من قبله، وإن كان المرتد هي الزوجة فلا مهر لها لأن الفسخ من قبلها.

والضرب الثاني: أن تكون ردة أحدهما بعد الدخول، فقد اختلف الفقهاء في النكاح فمذهب الشافعي[3]: أنه يكون موقوفاً على انقضاء العدة، فإن أسلم المرتد منهما قبل انقضائها كانا على النكاح، وإن لم يسلم حتى انقضت بطل النكاح.

وقال مالك: يعرض الإسلام على المرتد منهما، فإن عاد إليه كانا على النكاح، وإن لم يعد إليه بطل النكاح. وقال أبو حنيفة: قد بطل النكاح بنفس الردة من غير وقف، استدلالاً بأن ارتداد أحد الزوجين موجب لوقوع الفرقة في الحال، قياساً على ما قبل

---

(١) مختصر المزني: باب ارتداد أحد الزوجين أو هما، ومن شرك إلى شرك، من كتاب جامع الخطبة، ومن كتاب المرتد، ومن كتاب ما يحرم الجمع بينه.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٧٣.

(٣) راجع قول الشافعي في الأم باب الصداق: ٥/٤٨.

الدخول، ولأن كل سبب يتعلق به فسخ النكاح يستوي فيه ما قبل الدخول وبعده، كالرضاع وشراء الزوجة ووطء أمها بشبهة.

ودليلنا هو: أن اختلاف الدين بعد الإصابة لا يوجب تعجيل الفرقة، قياساً على إسلام أحد الزوجين المشركين، ولأنها ردة طارئة على نكاح مدخول بها، فوجب أن لا تبين بها، قياساً على ارتدادهما معاً.

فأما الجواب عن قياسه على ما قبل الدخول فهو: أن غير المدخول بها لا عدة عليها، فلذلك تعجل فراقها والمدخول بها عليها العدة، فلذلك تعلق بانقضائها وقوع فراقها، كالطلاق الرجعي يتعجل في غير المدخول بها، ويتأخر بانقضاء العدة في المدخول بها.

وأما الجواب عن قياسه على الرضاع مع فساده بإسلام أحد الزوجين المشركين، فهو أن تحريم الرضاع والمصاهرة متأبد، وتحريم الردة قد يرتفع، فكذلك ما افترقا والله أعلم.

فصل: وأما المسألة الثانية وهو أن يرتد الزوجان معاً، فهو كارتداد أحدهما، إن كان قبل الدخول بطل النكاح، وإن كان بعده وقف على انقضاء العدة.

وقال أبو حنيفة: إذا ارتدا معاً كانا على النكاح قبل الدخول وبعده، استدلالاً بأن أهل الردة حين أسلموا أقرهم أبو بكر رضي الله عنه على مناكحهم، فلم يعتبر فيهم انقضاء العدة ولا حال الدخول، لاجتماع الزوجين منهم على الإسلام والردة. قال: ولأنه انتقال إلى دين واحد، فوجب أن لا يوقع الفرقة بينهما، قياساً على إسلام المشركين. قال: ولأن أكثر ما في ارتدادهما أن لا يقرا على دينهما، وهذا لا يمنع من صحة نكاحهما كالوثنيين.

ودليلنا هو: أنها ردة طارئة على نكاح، فوجب أن يتعلق بها وقوع الفرقة قياساً على ردة أحدهما، ولأن كل حكم تعلق بردة أحدهما لم يزل بردتهما قياساً على استباحة المال والدم وإحباط العمل، لأن كل معنى وقعت به الفرقة إذا وجد أحدهما وقعت الفرقة إذا وجد منهما كالموت.

فأما الجواب عن إقرار أبي بكر رضي الله عنه لأهل الردة على مناكحهم، فلأنهم أسلموا قبل انقضاء العدد.

فإن قيل: فلم يفرق بين المدخول بها وبين غير المدخول بها؟. قيل: قد يجوز أن يكون جميعهن مدخولاً بهن أو لم يتميزن، فأجرى عليهن حكم الأغلب، كما أنه لم يفرق

بين من اجتمعا في الردة أو لم يجتمعا، وإن كان أبو حنيفة يفرق بينهما، فيكون جوابه عن هذا السؤال جواباً عن سؤاله.

فأما الجواب عن قياسهم على المشركين إذا أسلما بعلة انتقالهما إلى دين واحد، فهو انتقاضه بالمسلم إذا تزوج يهودية ثم تنصرا قد اجتمعا على دين واحد، والفرقة واقعة بينهما. على أن أبا حنيفة قد وافقنا أنهما إذا اجتمعا على الردة منعا من الإصابة، كما لو ارتد أحدهما حتى يجتمعا على الإسلام.

وأما الجواب عن استدلالهم باجتماع الوثنيين، فالفرق بينهما: أن الوثنيين لا يمنعان من الإصابة، فجاز إقرارهما على النكاح.

فصل: فإذا ثبت أن اجتماعهما على الردة في وقوع الفرقة بينهما كارتداد أحدهما، لم يخل حالهما إذا ارتدا: من أن يكون ذلك قبل الدخول، أو بعده. فإن كان قبل الدخول وقعت الفرقة بينهما في الحال، وفي المهر وجهان:

أحدهما: يغلب فيه ردة الزوج لأنه أقوى المتناكحين حالاً، فعلى هذا يكون عليه نصف المهر كما لو انفرد بالردة.

والوجه الثاني: أنه يغلب فيه ردة الزوجة، لأن المهر حق لها، فكان أولى الأمرين أن يغلب فيه ردتها. فعلى هذا لا مهر لها، كما لو انفردت بالردة.

وخرج بعض أصحابنا فيه وجهاً ثالثاً: إن لها ربع المهر لاشتراكهما في الفسخ فسقط من النصف نصفه، لأنه في مقابلة ردة الزوجة، وبقي منه نصفه وهو الربع لأنه في مقابلة ردة الزوج.

وإن كان ارتدادهما بعد الدخول، فالمهر قد استقر بالإصابة، ولهما أربعة أحوال:

أحدها: أن يعودا جميعاً إلى الإسلام قبل انقضاء العدة، فيكونا على النكاح.

والثاني: أن لا يعودا معاً حتى تنقضي العدة، فالنكاح باطل.

والثالث: أن يعود الزوج إلى الإسلام دونها، فلا نكاح.

والرابع: أن تعود الزوجة دونه، فلا نكاح.

فصل: ولا يجوز للزوج الإصابة في الردة سواء كان الزوج هو المرتد أو الزوجة. فإن أصابها في الردة فلا حد عليه، لأن بقاء أحكام النكاح شبهة في إدراء الحد، وعليه لها مهر

المثل. فإن لم يعد إلى الإسلام حتى انقضت عدتها استقر المهر، وعليها أن تعتد من إصابته للاستبراء، ويكون الباقي من عدة الردة محسوباً من العدتين. مثاله: أن يكون قد أصابها بعد قرء من ردتها، فعليها أن تعتد من وقت الإصابة ثلاثة أقراء: منها قرءان من عدتي الردة والإصابة، وقرء يختص بعدة الإصابة. وإسلامها الذي يجتمعان به على النكاح، أن يكون في عدة الردة دون عدة الإصابة، فإن عاد المرتد منهما إلى الإسلام في الباقي من عدة الردة كانا على النكاح.

فأما المهر الذي وجب بالإصابة فقد قال الشافعي رضي الله عنه: ما يدل على سقوطه بالإسلام، وقال في المعتدة من طلاق رجعي: إذا أصابها الزوج في العدة فوجب عليه المهر، ثم راجعها بعد الإصابة أن المهر لا يسقط. ورجعة المطلقة كإسلام المرتدة، فاختلف أصحابنا لاختلاف جوابه على طريقين:

إحداهما: نقل جواب كل من المسألتين إلى الأخرى وتخريجها على قولين:

أحدهما: سقوط مهرهما بعودة المرتدة إلى الإسلام، ورجعة المطلقة على ما نص عليه في المرتدة.

والقول الثاني: إن مهرهما ثابت لا يسقط بإسلام المرتدة ولا برجعة المطلقة على ما نص عليه في المطلقة.

والطريقة الثانية: حمل الجواب على ظاهره في الموضعين، فيسقط مهر المرتدة بالإسلام، ولا يسقط مهر المطلقة بالرجعة.

والفرق بينهما: إن ثلم الردة قد ارتفع بالإسلام حتى لم يبق للردة تأثير لعودها إلى ما كانت عليه من نكاح وإباحة، وثلم المطلقة لم يرتفع بالرجعة وإنما ارتفع بها التحريم دون الطلاق، فكان تأثيره باقياً، فبقي ما وجب فيه من المهر والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو هربَ مرتداً ثم رجعَ بعد انقضاء العدّة مسلماً، وادَّعى أنه أسلمَ قبلها، وأنكرَتْ، فالقولُ قولُها مع يمينها)[1].

قال الماوردي: وهذه المسألة مضت في الانفصال عما أورده المزني في اختلاف الزوجين المشركين في إسلامهما، وذكرنا اختلاف أصحابنا في المرتد إذا عاد إلى الإسلام

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٣.

وقال: أسلمت قبل انقضاء عدتك، وقالت: بعدها. وفي الرجعية إذا قال الزوج: راجعتك قبل انقضاء عدتك، وقالت: بعدها، على ثلاثة طرق:

أحدها: إنها على القولين. أحد القولين: أن القول قول الزوجة في المسألتين، لأن قولها في عدتها مقبول.

والثاني: أن القول قول الزوج في المسألتين، لأن قوله فيما فعله من إسلام ورجعة مقبول.

والطريقة الثانية: أن القول قول من اتفق على صدقه فيهما في المسألتين على المثال الذي بيناه.

والطريقة الثالثة: أن القول قول من سبق منهما بالدعوة.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو لم يدخُلْ بها فارتدَّتْ فلا مهرَ لها، لأن الفسخَ جاء من قبلِها. ولو ارتدَّ هوُ فلها نصفُ المهرِ، لأنَّ الفَسْخَ من قبله)[1].

قال الماوردي: وقد مضت هذه المسألة، وذكرنا أن ارتداد أحدهما قبل الدخول موجب لفسخ النكاح، وإن المرتد إن كان هو الزوج فلها نصف المهر، وإن كانت الزوجة فلا مهر لها، فرقا بين أن تكون الفرقة من قبله أو قبلها، وإنهما إن ارتدا معاً كان في المهر ثلاثة أوجه:

أحدها: لها نصفه تغليباً لردة الزوج.

والثاني: لا شيء لها تغلّيباً لردتها.

والثالث: لها ربعه لاشتراكهما فيها.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو كان تحتَه نصرانيّة فتمجَّسَتْ أو تزندقَتْ فكالمسلمةِ ترتدُّ)[2].

قال الماوردي: وقد مضت هذه المسألة وما فيها من الأقسام والأحكام وإن الزوجة النصرانية إذا تزندقت، لم تقر، وفيما تؤخذ بالرجوع إليه ثلاثة أقاويل:

أحدها: الإسلام لا غير.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٣.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٧٣.

والثاني: الإسلام، فإن أبت فدينها الذي كانت عليه من النصرانية.

والثالث: الإسلام، فإن أبت فدين يقر عليه أهله من أديان أهل الكتاب.

ولو كانت نصرانية فتهودت كان على قولين:

أحدهما: الإسلام لا غير.

والثاني: الإسلام، فإن أبت فدينها الذي كانت عليه. وذكرنا ما تعلق بذلك من أحكام النكاح قبل الدخول وبعده.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وَمَنْ دانَ دِيْنَ اليهود أو النّصارى من العَرب والعجَمِ غير بني إسرائيل في فسخ النّكاحِ وما يحرمُ منه أو يحلُّ كأهلَ الأوثان)[1].

قال الماوردي: وقد مضت هذه المسألة، وذكرنا أن بني إسرائيل من اليهود والنصارى مقرون على دينهم، ويحل نكاح نسائهم، ومن دخل في دينهما من العرب والعجم وسائر الأمم على ضربين: قبل التبديل، وبعده.

فمن دخل فيه قبل تبديل أهله كالروم، كان على حكم من فيه، تقبل جزيتهم وتنكح نساؤهم، وتؤكل ذبائحهم.

ومن دخل فيه بعد تبديل أهله، كان في حكم عبدة الأوثان، لا تقبل جزيتهم، ولا تنكح نساؤهم، ولا تؤكل ذبائحهم.

فإن بدل بعضهم دون بعض ممن دخل في دين من بدل لم يقر، ومن دخل في دين من لم يبدل أقرّ، وحل أكل ذبائحهم، ونكاح نسائهم. وإن دخل في دينهم قوم أشكلت علينا أحوالهم، هل دخلوا فيه قبل التبديل، أو بعده؟ أو هل دخلوا فيه مع من بدل أو مع من لم يبدل؟ كانوا في حكم المجوس يقرون بالجزية حقناً لدمائهم، ولا تؤكل ذبائحهم، ولا تنكح نساؤهم.

فصل: وليس للمرتد أن يستأنف عقد نكاح في الردة على مسلمة ولا مرتدة، فإن عقد فيه نكاحاً كان فاسداً، سواء تعجل إسلامه فيه أو تأخر، لأن ردته تبطل نكاحاً ثابتاً، فلم يجز أن تثبت نكاحاً مستأنفاً، لأن الشافعي قال في موضع: تطلق عليه، وقال في موضع آخر: لا تطلق عليه.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٣.

وليس ذلك منه على اختلاف قولين فيه، ويحتمل وجهين:

أحدهما: أن قوله: لا تطلق، يعني: واجباً. وقوله: تطلق، يعني: استحباباً.

والثاني: أن قوله لا تطلق، إن نكح مسلمة. وتطلق: إذا نكح مرتدة، والله أعلم.

باب طَلَاقِ الشِّرك

قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وإذا أثبتَ رسولُ الله ﷺ نِكاحَ الشِّركِ وَأقرَّ أهلَهُ عليه في الإسلام لم يجزْ ـ والله أعلم ـ إلا أن يثبتَ طلاقُ الشِّرك، لأنَّ الطرق يثبتُ بثبوتِ النكاح، ويسقطُ بسقوطِه. فإنْ أسلَمَا وقد طلَّقَها في الشرك ثلاثاً، لم تحلَّ له حتى تنكِحَ زوجاً غيره)[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال، نكاح الشرك صحيح، والإقرار عليه جائز، وطلاق الشرك واقع، وحكم الفرقة ثابت.

وقال مالك: مناكحهم باطلة وإن أقروا عليها، وطلاقهم غير واقع. واستدل على بطلان مناكحهم بقول النبيّ ﷺ: «اتَّقُوا اللَّهَ في النِّساءِ، فإنما مَلَكْتُمْ فروجَهُنَّ بكلمةِ الله»[٢] يعني: بكتاب الله ودين الإسلام، فلم يجز أن يملكها بغير ذلك. ولأنهم كانوا يعتقدون إلقاء الثوب على المرأة نكاحها وقهرها على نفسها نكاحاً، والمبادلة بالنساء نكاحاً وكل ذلك مردود بالشرع، فلم يجز أن يصح في الإسلام. واستدل على أن طلاقهم لا يقع ولا يلزم بقول الله تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُواْ إِنْ يَنْتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾[٣] فاقتضى أن يكون الطلاق معفواً. قال ولأنهم كانوا يرون الظهار طلاقاً مؤبداً، وقد أبطله الله تعالى وغيّر حكمه.

ودليلنا: أن الله تعالى أضاف إليهم مناكح نسائهم، فقال في امرأة أبي لهب: ﴿وَامْرَأَتُهُ حَمَّالَةَ الْحَطَبِ﴾[٤] وفي امرأة فرعون: ﴿قُرَّةُ عَيْنٍ لِيْ وَلَكَ﴾[٥] والإضافة محمولة على الحقيقة مقتضية للتمليك.

وقال النبي ﷺ: «وُلِدْتُ من نِكاحٍ لا من سَفَاحٍ»[٦]. وكانت مناكح آبائه في الشرك،

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٣.
(٢) سبق تخريجه.
(٣) سورة الأنفال، الآية: ٣٨.
(٤) سورة المسد، الآية: ٥.
(٥) سورة القصص، الآية: ٩.
(٦) سبق تخريجه.

فدل على صحتها ووقوع الفرقة بينها وبين السفاح. «ولأن النبي ﷺ: رجم يهوديين زنيا»[(١)] ولا يرجمُ إلا محصناً بنكاح. ولأنها مناكح يقر عليها أهلها، فوجب أن يحكم بصحتها قياساً على مناكح المسلمين.

فأما الجواب عن استدلالهم بالخبر، فمعنى قوله: «استحلَلْتُمْ فُروجَهُنَّ بكلمةِ الله» أي بإباحة الله، وقد أباح الله تعالى مناكحهم بإقرارهم عليها.

وأما قولهم: إنهم يرون من المناكح بينهم ما لا نراه، فهو معفو عنه لأن النبي ﷺ قد كان يعرف اختلاف آبائهم فيه، فلم يكشف عنه.

وأما استدلاله بقوله تعالى: ﴿يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾[(٢)] فيعني من الآثام دون الأحكام، وأما الظاهر فبالفسخ أبطل حكمه، وحكمه بالطلاق مقر.

فصل: فإذا ثبت الحكم بصحة عقودهم ومناكحهم، والعفو عما اختل من شروطها، وأنهم يأخذون بما أوقعوه فيها من طلاق وظهار وإيلاء، اعتبر حال طلاقه. فإن كان صريحاً عندهم أجريت عليه حكم الصريح، سواء كان عندنا صريحاً أو كناية.

وإن كان كناية عندهم أجريت عليه حكم الكناية سواء كان عندنا كناية أو صريحاً، لأننا نعتبر عقودهم في شركهم بمعتقدهم، كذلك حكم طلاقهم. وإذا كان كذلك نظرت: فإن كان رجعياً فراجع في العدة صحت رجعته، كما صح نكاحه، وكانت معه بعد إسلامه على ما بقي من الطلاق. فإن كان واحدة بقيت معه على اثنتين، وإن كان اثنتين، بقيت معه على واحدة.

وإن لم يراجعها في العدة حتى أسلما، فإن كانت عدة الطلاق قد انقضت في الشرك، أو بعد الإسلام وقبل الرجعة، بانت منه، وجاز أن يستأنف العقد، فيكون على ما بقي من الطلاق. وإن كانت العدة باقية، فله أن يراجعها بعد الإسلام، وتكون معه على ما بقي من الطلاق.

وإن كان طلاقه لها في الشرك ثلاثاً، فقد حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره فلو كانت

---

(١) حديث ابن عمر: سبق في حدّ الزنا، وهو في الصحيحين والموطأ والسنن. .

(٢) سورة الأنفال، الآية: ٣٨.

قد نكحت في الشرك زوجاً غيره حلت له إذا أسلم، فلو عاد فنكحها في الشرك قبل زوج وقد طلقها ثلاثاً، كان نكاحها إذاأسلم باطلاً، ولم يجز أن يقر عليه.

فإن قيل: أفليس لو نكحها في العدة ثم أسلما بعدُ أقرّا، فهلا إذاً نكح المطلقة ثلاثاً قبل زوج أقرّا؟ قيل: لأن تحريم المعتدة قد زال بمضي الزمان، فجاز أن يستأنف العقد عليها، فجاز أن تقر على ما تقدم من نكاحها، وتحريم المطلقة ثلاثاً لم يزل، ولا يجوز أن يستأنف العقد عليها، فلم يجز أن تقر على ما تقدم من نكاحها. وكذلك الكلام فيما يوجد به من حكم ظهاره وإيلائه والله أعلم.

بابُ نِكَاحِ أَهْلِ الذِّمَّةِ وَمُهُورِهِمْ مِنَ الْجَامِعِ وَغَيْرِه(١)

قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (عقدةُ نكاح أَهْل الذِّمةِ ومهورهم كأهلِ الحرب)(٢).

قال الماوردي: وهذا كما قال، لا اعتراض على أهل الذمة في مناكحهم وإن كانوا في دار الإسلام وهي عفو، إذا أسلموا لما في تتبع مناكحهم بعد الإسلام من التنفير عنه.

فلو نكح أحدهما في دار الإسلام خمساً، أو جمع بين أختين، أو نكح مجوسي أمه وبنته، لم يعارضوا. وهم كأهل الحرب إذا أسلموا، فما جاز أن يستأنفوه بعد الإسلام أقروا عليه، وما لم يجز أن يستأنفوه بعد الإسلام لم يقروا عليه، ولا فرق بينهم في شيء منه، وإن كانوا ذمة وأحكامنا عليهم جارية إلا في شيئين:

أحدهما: القهر والغلبة، فإن كان الحربي إذا قهر حربية على نفسها ورآه نكاحاً أقرا عليه إذا أسلما، ولا يقر ذمي على قهر ذمية إذا أسلما، لأن الإسلام يمنع من القهر والغلبة، ودار الحرب تبيحه، فافترقا لافتراق حكم الدارين.

والثاني: أن يعتقدا نكاحاً لا يجوز في دينهم، كيهودي نكح أمه أو ابنته، فلا يقروا عليه، لأنهم ممنوعون منه في دين الإسلام ودينهم.

ولو فعله المجوسي أقرَّ لأنهم غير ممنوعين منه في دينهم. فأما مهورهم فلا اعتراض فيها حلالاً كانت أو حراماً، فإن تقاضوها وهي حرام بريء منها الأزواج، وإن بقيت في ذممهم حتى أسلموا لزمهم بدلاً منها مهر المثل، وإن تقابضوها قبل الإسلام وبقي بعضها بعده لزم مهر المثل بقسط ما بقي منها.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (فإنْ نكحَ نصرانيٌّ وثنيةً أو مجوسيّةً، أو نكحَ وثنيٌّ نصرانيّةً لَم أفسخْ منه شيئاً إذا أسلموا)(٣).

---

(١) مختصر المزني: باب عقدة نكاح أهل الذمة من الجامع، من ثلاثة كتب.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٧٣. (٣) مختصر المزني، ص: ١٧٣. وفيه: أو نكح وثني نصرانية أو مجوسية.

قال الماوردي: أما إذا نكح كتابي كتابية وتحاكما إلينا، أقرا على النكاح. وكذلك لو أسلما أو أسلم الزوج منهما، كان على النكاح، لأن للمسلم أن يبتدىء نكاح كتابية، فجاز أن يقيم على نكاح كتابية. ولو أسلمت الزوجة دونه، لم يقر على نكاحها، وكان موقوفاً على انقضاء العدة.

وأما الوثني إذا نكح وثنية، فأيهما أسلم لم يقر على النكاح وكان موقوفاً على انقضاء العدة، وإن تحاكموا إلينا في الأحكام أقررناهم عليها.

فأما إذا نكح وثني كتابية، فإن أسلما أقرا على النكاح، وإن أسلم الزوج أقرا على النكاح، وإن أسلمت الزوجة كان النكاح موقوفاً على انقضاء العدة. وإن نكح كتابي وثنية، فأيهما أسلم كان النكاح موقوفاً على انقضاء العدة، وإن تحاكما إلينا قبل الإسلام فمذهب الشافعي: إننا نمضي نكاحهما، ولا يفسخ عليهما. وقال أبو سعيد الاصطخري: يفسخ النكاح بينهما، لأن الله تعالى قد أمر أن يحكم في أهل الكتاب بما أنزل الله في أهل الإسلام بقوله: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾[1] والوثنية لا تحل لمسلم، فكذا لا تحل لكتابي.

وهذا خطأ، لأن الكفر كله ملة واحدة وإن تنوع واختلف، ألا ترى أننا نحكم بالتوراة بين أهل الكتاب وعبدة الأوثان، ولأنه لما جاز إقرارهما على هذا النكاح بعد الإسلام، فأولى أن يقرا عليه في حال الكفر.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولا تحلُّ ذبيحَةُ مولودٍ[2] من وثنيٍّ ونصرانيةٍ ولا من نصرانيّ ووثنية، ولا تحلُّ نكاحُ بنتِهِما[3] لأنها ليست بكتابية[4] خالصة. وقال في كتاب آخر: إنْ كان أبوها نصرانياً حلّتْ، وإن كان وثنياً لم تحلَّ، لأنها ترجع إلى النَّسبِ، وليست كالصغيرة يسلم أحد أبويها، لأن الإسلام لا يشرِكُه الشِّركُ، والشِّركُ يشرُكُه الشرك)[5].

---

(١) سورة المائدة، الآية: ٤٩.

(٢) مختصر المزني: «من ولد».

(٣) في مختصر المزني: «ولا يحلّ إنكاح ابنتهما».

(٤) في مختصر المزني: «كتابية».

(٥) مختصر المزني: ص ١٧٣ ـ ١٧٤.

قال الماوردي: قد ذكرنا، أن أهل الكتاب من اليهود والنصارى يحل أكل ذبائحهم ونكاح نسائهم، وإن المجوس وعبدة الأوثان لا يحل أكل ذبائحهم ولا نكاح نسائهم. فأما المولود من بين أهل الكتاب وعبدة الأوثان إذا كان أحد أبويه كتابياً والآخر وثنياً، فضربان:

أحدهما: أن يكون الأب وثنياً والأم كتابية يهودية، فلا يختلف مذهب الشافعي: أنه لا يحل أكل ذبيحة هذا الولد، ولا ينكح إن كان امرأة لحكم أبيه.

وقال أبو حنيفة: يحل نكاحه وأكل ذبيحته تغليباً لأحق أبويه حكماً، استدلالاً بما روي عن النبيّ ﷺ أنه قال: «كلُّ مولودٍ يُولَدُ على الفِطْرَةِ فأبواه يُهَوِّدَانِه أو يَنَصِّرانِه أو يمجِّسَانه كما تناتجُ الإبِلُ من بيهمة جَمْعَاءَ هل تُحسُّ فيها من جُدْعَاءِ؟»[1]. فلم ينقله عن الفطرة وتخفيف الحكم إلى أغلظهما إلا باجتماع أبويه على تغليظ الحكم، ولأن أحد أبويه مستباح الذبيحة والنكاح، فوجب أن يكون فيه على حكمه قياساً على من أحد أبويه مسلم.

ودليلنا: عموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ﴾[2] وهذا الولد ينطلق عليه اسم الشرك، ولأنها كافرة تنسب إلى كافر، لا تحل ذبيحته ولا نكاحه، فوجب أن لا تحل ذبيحتها.

أصلها إذا كان أبواها وثنيين، ولأنه قد اجتمع في هذا الولد موجب حظر وإباحة، فوجب أن يغلب حكم الحظر على حكم الإباحة قياساً على المتولد من بين مأكول وغير مأكول، ولا ينتقض بالولد إذا كان أحد أبويه مسلماً والآخر كافراً، لأنه لا يجتمع في الولد حكم الكفر والإسلام، لقوله ﷺ: «الإسلامُ يَعْلُو ولايُعْلَى»[3]. فثبت حكم الإسلام، وسقط حكم الشرك. وهذا هو الذي أراده الشافعي بقوله: «لأن الإسلَام لا يشركُ والشركُ يشرِكُه الشرك» يعني: أنه قد يجتمع شركان، ولا يجتمع شرك وإسلام.

---

(١) حديث أبي هريرة: أخرجه البخاري في الجنائز (١٣٥٩) و(١٣٨٥) وفي التفسير (٤٧٧٥)، والقدر (٦٥٩٩)، ومسلم في القدر (٢٦٥٨) وفيه: كما تنتجُ البهيمةُ بيهمةً جمعاء، هل تُحِسُّون بها من جدعاء؟ ثم يقول أبو هريرة: واقرأوا إنْ شئتم ﴿فطرة اللَّه التي فطرَ الناسَ عليها لا تبديل لخلق الله﴾ و(٢٦٥٨) (٢٣) و(٢٤). وأخرجه الترمذي في القدر (٢١٣٨) و(٣١٥٠)، والبغوي (٨٥)، وأحمد: ٢/ ٢٨٢ و٣٤٦ و٤١٠ و٤٨١، والطيالسي: ٢٤٣٣، ومالك في الموطأ: ١/ ٢٤١.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢١.

(٣) الأثر عن ابن عباس: سبق في الفرائض والوصايا، والحدود.

واختلف أصحابنا في هذا التعليل، هل أراد الشافعي أبا حنيفة من المسألة؟ أو أراد به مالكاً؟ في أن إسلام الأم لا يكون للولد، على وجهين.

فأما الجواب عن الخبر فهو: أن المراد به اجتماع الوالدين على الكفر يقتضى تكفير الولد، وانفراد أحدهما لا يقتضيه، فلم يكن دليلاً في هذا الموضع لأن أبويه قد اجتمعا على الكفر.

وأما قياسه على من أحد أبويه مسلم. فالجواب عنه ما ذكرنا من أن اجتماع الشرك، والإسلام يوجب تغليب حكم الإسلام لأنهما يتنافيان، فغلب أقواهما؛ والشركان لا يتنافيان، فغلب أغلظهما.

فصل: والضرب الثاني: أن يكون هذا الولد كتابياً يهودياً أو نصرانياً وأمه وثنية أو مجوسية، ففي إباحة نكاحه وأكل ذبيحته قولان:

أحدهما: يحرم نكاحه وذبيحته لاجتماع الحظر والإباحة، فوجب أن يغلب حكم الحظر على الإباحة، كالمتولد من بين مأكول وغير مأكول.

والقول الثاني: وهو أصح، أنه يحل نكاحه وذبيحته، لاجتماع الحظر والإباحة فيه، لأن الدينين إذا اختلفا جاز اجتماعهما، فأغلبها ما كان تابعاً للنسب المضاف إلى الأب دون الأم كالحرية، كذلك النكاح والذبيحة.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، فحكم الولد الحادث من بين أبوين مختلفي الحكم على أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون ملحقاً بحكم أبيه دون أمه، وذلك في أربعة أشياء:

أحدها: النسب يكون ملحقاً بأبيه دون أمه.

والثاني: في الحرية، فإن ولد الحر من أمته حر كأبيه دون أمه.

والثالث: في الولاء، فإنه إذا كان على الأبوين ولاء من جهتين كان الولد داخلاً في ولاء الأب دون الأم.

والرابع: في الحرية، فإنه إذا كان الأب من قوم لهم حرية والأم من آخرين لهم حرية أخرى، فإن حرية الولد حرية أبيه دون أمه.

والقسم الثاني: أن يكون ملحقاً بحكم أمه دون أبيه، وذلك في شيئين:

أحدهما: ولد المنكوحة تابع لأمه في الحرية والرق دون أبيه، فإن كانت أمه حرة كان حراً، وإن كان أبوه عبداً، وإن كانت أمه مملوكة كان عبداً، وإن كان أبوه حراً.

والثاني: في الملك، فإن ولد المملوكين تبع لأمه ومملوك لسيدها.

والقسم الثالث: أن يكون ملحقاً بأفضل أبويه حالاً وأغلظهما حكماً، وذلك في شيء واحد وهو في الإسلام يلحق بالمسلم منهما أباً كان أو أماً.

والقسم الرابع: ما اختلف قوله فيه، وهو في إباحة الذبيحة والنكاح، فأحد قوله أنه ملحق بالأب بأغلظهما حكماً.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو تحاكَمُوا إلينا وجبَ أن يُحْكَمَ[1] بينهم كان الزوجُ الجَاني أو الزوجة)[2].

قال الماوردي: أما المقيمون في دار الإسلام من الكفار فضربان: أهل ذمة، وأهل عهد.

فأما أهل الذمة فهم باذلو الجزية لهم ذمة مؤبدة، يلزمنا في حق الذمة أن نمنع عنهم من أرادهم ممن جرت عليه أحكامنا من المسلمين، وممن لم تجر عليه أحكامنا من أهل الحرب.

وأما أهل العهد فهم المستأمنون الذين لهم أمان إلى مدة يلزمنا أن نمنع عنهم من أرادهم ممن جرت عليه أحكامنا من المسلمين، ولا يلزمنا أن نمنع من أرادهم ممن لم تجر عليه أحكامنا من أهل الحرب، وقد عبر الشافعي في مواضع عن أهل الذمة بالمعاهدين، لأن ذمتهم عهد، وإن كانوا باسم الذمة أخص.

فأما إذا لم يرافع الفريقان في أحكامهم إلينا لم ندعهم إليها، ولم نعترض عليهم فيها. وإن ترافعوا إلينا نظر فيهم: فإن كانوا معاهدين لهم أمان إلى مدة، لم يلزمنا أن نحكم بينهم، ولم يلزمهم التزام حكمنا، وكان حاكمنا بالخيار بين: أن يحكم بينهم، وبين أن لا يحكم. وهم إذا حكم عليهم بالخيار بين: أن يلتزموا حكمه، وبين أن لا يلتزموه: وإن جاء

(١) في مختصر المزني: «أن نحكم».

(٢) مختصر المزني، ص: ١٧٤.

أحدهم مستعدياً لم يلزم المستعدى عليه أن يحضر، ولا يلزم الحاكم أن يعديه عليه، وإنما كان كذلك لقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ جَاؤُكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تَعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوْكَ شَيْئاً وإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ﴾(١) الآية.

فخيّر الله تعالى في الحكم بينهم، ولأن علينا أن نمنع عنهم أنفسنا، وليس علينا أن نمنع عنهم غيرنا، سواء كان التحاكم في حق الله تعالى أو في حق الآدميين، لأن حق الله تعالى في شركهم أعظم، وقد أقروا عليه. وسواء كانوا أهل كتاب، أو غير أهل كتاب.

فصل: وأما أهل الذمة إذا تحاكموا إلينا، فليست الذمة المؤبدة إلا لأهل الكتاب، فإن لم يترافعوا إلينا في أحكامهم تركوا، وإن ترافعوا فيها إلينا فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكونوا من أهل دين واحد، ففي وجوب الحكم عليهم قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم: أنه لا يجب، والحاكم مخير بين: أن يحكم بينهم، وبين أن لا يحكم. وهم إذا حكم عليهم مخيرون في التزام حكمه اعتباراً بأهل العهد لعموم قوله تعالى: ﴿فَإِنْ جَاؤُكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾(٢).

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد واختاره المزني: إن الحكم بينهم واجب، فيلزم الحاكم إذا ترافعوا إليه أن يحكم بينهم، وعليهم إذا حكم أن يلتزموا. وإذا استعدى أحدهم على الآخر، وجب أن يعديه الحاكم، وأن يحضر المستعدى عليه، فإن امتنع من الحضور أجبره وعزره، وإنما كان كذلك لقول الله تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾(٣) وهذا أمر ولقوله تعالى: ﴿حَتَّى يُعْطُوْا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾(٤) قال أصحابنا: والصغار أن تجري عليهم أحكام الإسلام ولأن النبي ﷺ رَجَمَ يهوديَيْنِ زنيا(٥) فلو لم يلزمهم حكمه لامتنعوا من إقامة الحد عليهم، ولأننا نجريهم في الدفع عنهم منا ومن غيرنا مجرى المسلمين، فوجب أن ندفع عنهم بالحكم بينهم في استيفاء الحقوق لهم، كما يحكم بين المسلمين. وبهذا يفرق بينهم وبين المعاهدين، لا يلزمنا أن ندفع عنهم غيرنا، فلم يلزمنا أن نحكم بينهم ولا أن ندفع بعضهم عن بعض.

فأما أبو حنيفة فلم يعمل بواحد من القولين على إطلاقه، وقال: لا يحكم بينهم إلا أن

---

(١) سورة المائدة، الآية: ٤٢.
(٢) سورة المائدة، الآية: ٤٢.
(٣) سورة المائدة، الآية: ٤٩.
(٤) سورة التوبة، الآية: ٢٩.
(٥) سبق تخريجه في الحدود.

يجتمعوا على الرضا بحكم الإمام، فحينئذ يلزم الحاكم أن يحكم بين المترافعين إليه، ويلزمهم أن يلتزموا حكمه.

والضرب الثاني: أن يكون الحكم بين ذميين من دينين كيهودي ونصراني تحاكموا إلينا، فقد اختلف أصحابنا: فكان أبو إسحاق المروزي يخرج وجوب الحكم بينهما على قولين، كما لو كانا على دين واحد، لأن الكفر كله ملة واحدة. وقال غيره من أصحابنا: عليه أن يحكم بينهما قولاً واحداً.

والفرق بين أن يكونا من دين واحد، أو دينين: إنهما إذا كانا من من دين واحد فلم نحكم، كان لهم حاكم واحد لا يختلفون فيه، فأمكن وصولهم إلى الحق منه. وإذا كانا على دينين اختلفا في الحكم إن لم يحكم بينهما حاكمنا، فدعا النصراني إلى حاكم النصارى، ودعا اليهودي إلى حاكم اليهود، فتعذر وصول الحق إلا بحاكمنا، فكذلك لزمه الحكم بينهما.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من القولين، فهي في حقوق الآدميين. فأما حقوق الله تعالى فقد اختلف أصحابنا فيها على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنها على قولين كحقوق الآدميين.

والوجه الثاني: أنها تجب قولاً واحداً، لأنه لا مطالب لها غير الحاكم، وليست حقوق الآدميين التي لها خصم يطالب.

والوجه الثالث: إنها لا تجب قولاً واحداً، لأن حق الله تعالى في شركهم أعظم وقد أقروا عليه، فكذلك ما سواه من حقوقه، وليس كذلك حقوق الآدميين، لأن فيها متشاحون متظالمون، ودار الإسلام يمنع من التظالم والله أعلم.

فصل: فأما إذا كان التحاكم بين مسلم وذمي ومعاهد، وجب على الحاكم أن يحكم بينهم قولاً واحداً، سواء كان المسلم طالباً أو مطلوباً، لأنها يتجاذبان إلى الإسلام والكفر، فوجب أن يكون حكم الإسلام أغلب لرواية عائذ بن عمرو المزني، أن النبي ﷺ قال: «الإسلامُ يعلُو ولا يُعْلَى»[1].

ولو كان التحاكم بين ذمي ومعاهد، كان على قولين تغليب لأوكدهما حرمة، كما لو

---

(١) سبق تخريجه: وهو عند الدارقطني: ٣/ ٢٥٢.

كانت بين مسلم ومعاهد حكم بينهما قولاً واحداً، تغليباً لحرمة الإسلام التي هي أوكد.

فصل: ثم إذا حكم حاكمنا بين ذميين أو معاهدين لم يحكم بينهما بالتوراة إن كانا يهوديين، ولا بالإنجيل إن كانا نصرانيين، ولم يحكم إلا بكتاب الله وسنة رسوله ﷺ لقوله تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَن يَفْتِنُوكَ عَن بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ﴾[1] أي يفتنوك بتوراتهم وإنجيلهم عما أنزل عليك من القرآن. قال الله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾[2].

فإن قيل: فكيف لا يحكم بينهم بكتابهم وقد قال الله تعالى: ﴿إِنَّا أَنزَلْنَا التَّوْرَاةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا﴾[3] وقد أحضر رسول الله ﷺ التوارة حين رجم اليهوديين حتى رجمهما بما فيها من الرجم؟ قيل: أما الآية فتضمنت صفة التوراة على ما كانت من الهدى والنور، وإنه كان يحكم بها النبيون، وكذا كان حالها، ثم غير حين بدل أهلها كما قال تعالى: ﴿تَجْعَلُونَهُ قَرَاطِيسَ تُبْدُونَهَا وَتُخْفُونَ كَثِيرًا﴾[4] ومع تغييرهم لها وتبديلهم فيها لا يتميز الحق من الباطل، فوجب العدول عنها.

وإما إحضار التوراة عند رجم اليهوديين فلأنه حين حكم عليهما بالرجم أخبر اليهود أن في التوراة ذكر الرجم فأنكروه، فأمر بإحضارها لتكذيبهم، فلما حضرت ترك ابن صوريا وهو أحد أحبارهم يده على ذكر الرجم، فأمر رسول الله ﷺ برفع يده، فإذا آية الرجم تلوح[5] فكان إحضارها رداً لإنكارهم وإظهاراً لتكذيبهم، لا لأن يحكم بها عليهم، لأنه قد حكم بالرجم قبل حضورها والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (فإنْ لم يكنْ حكمٌ مضى لم يزوِّجها إلاَّ بوليٍّ وشهودٍ مسلمينَ، فإن لم يكنْ بها قريب زوَّجها الحاكِمُ لأنَّ تزويجَهُ حكمٌ عليها)[6].

قال الماوردي: قد مضى ما قررناه من وجوب الحكم بين أهل الذمة أو جوازه. فإذا ترافع زوجان في عقد نكاح، فهو كترافعهما في غيره من عقود البيوع والإجارات، وإنما خص الشافعي ترافعهما في عقد النكاح لأنه في كتاب النكاح، ولأن فروعه أكثر، فإذا ترافعا فيه فعلى ضربين:

---

(١) سورة المائدة، الآية: ٤٩.
(٢) سورة المائدة، الآية: ٤٤.
(٣) سورة المائدة، الآية: ٤٤.
(٤) سورة الأنعام، الآية: ٩١.
(٥) حديث ابن عمر: سبق تخريجه.
(٦) مختصر المزني، ص: ١٧٤.

أحدهما: أن يترافعا في استدامة عقد قد مضى، فليس للحاكم أن يكشف عن حال العقد، ولا يعتبر فيه شروط الإسلام. وينظر: فإن كانت الزوجة ممن يجوز له عند التحاكم أن يستأنف العقد عليها، جاز أن يقرهما على ما تقدم من عقدهما، سواء كان بولي وشهود أم لا، إذا رأوا ما عقدوه نكاحاً في دينهم. وإن كانت ممن لا يجوز أن يستأنف العقد عليها عند الترافع إلينا لكونها من ذوات المحارم المحرمات، أو في بقية عدة من زوج آخر، حكم بإبطال النكاح، ويكون حالهما عند الترافع إلى الحاكم كحالهما لو أسلما. فما جاز إقرارهما عليه من النكاح بعد إسلامهما، جاز إقرارهما عليه عند ترافعهما إلى حاكمنا، وما لم يجز الإقرار عليه بعد الإسلام، لم يجز الإقرار عليه عند الترافع إلى الحاكم.

فصل: والضرب الثاني: أن يترافعا إلى حاكمنا في ابتداء عقد يستأنفه بينهما، فعلى الحاكم أن يعقده بينهما على الشروط المعتبرة في الإسلام بولي وشهود، لقول الله تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾[1] وإنما جاز أن نمضي من مناكحهم في الشرك، وإن لم تكن على شروط الإسلام. ولا يجوز أن يستأنفها في الإسلام إلا على شروطه لقوله تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾[2] ولأن في اعتبار مناكحهم في الشرك على شروط الإسلام وردها إذا خالفته تنفيراً لهم من الدخول في الإسلام، وليس فيما يستأنفوه لرضاهم تنفيراً لهم منه.

فإذا تقرر ما وصفنا، فوليها في النكاح أقرب عصبتها من الكفار، لأن ولي الكافرة كافر يراعى أن يكون عدلاً في دينه، فإن كان فاسقاً فيه كفسق الولي المسلم يعدل إلى غيره من الأولياء العدول، فإن عدم أولياؤها من العصبة أو المعتقين زوّجها الحاكم، ولا يمنعه الإسلام من تزويجها، وإن منع منه إسلام عصبتها، لأن تزويجها حكم فيه عليها.

فأما الشهود في نكاحها فلا يصح إلا أن يكونوا مسلمين، وجوز أبو حنيفة عقد نكاحها بشهود كفار، كما جاز بولي كافر. وهذا خطأ، لقول النبيّ ﷺ: **«لا نِكاحَ إلا بوليٍّ وشاهِدَي عدلٍ»**[3].

والفرق بين الولي والشهود: أن الولي يراد لطلب الحظ للموالاة التي بينهما،

---

(١) سورة المائدة، الآية: ٤٩.

(٢) سورة الأنفال، الآية: ٣٨.

(٣) سبق تخريجه.

والكافر المشارك لها في الكفر أقوى موالاة من المسلمين، فكان الكافر أحق بولاية نكاحها من المسلم، وليس كذلك الشهود. ولأنهم يرادون لإثبات الفراش وإلحاق النسب، ولا يثبت ذلك إلا بالمسلمين، فكانوا أخص بالشهادة فيه من غيرهم. وهكذا حكم إذنها إن كانت ثيباً بالنطق، وإن كانت بكراً بالصمت، ولا يعقد إلا بصداق حلال، وإن كانوا يرون في دينهم عقده بالمحرمات من الخمور والخنازير.

وهل يجوز أن يعقد كتابي على وثنية، أو وثني على كتابية، أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي سعيد الاصطخري: لا يجوز لأنه لا يجوز لمسلم أن يعقد على وثنية، ولا لوثني أن يعقد على مسلمة.

والوجه الثاني: وهو مذهب الشافعي: يجوز، لأن الكفر كله ملة واحدة.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وكذلك مما قَبَضَتْهُ من مهرٍ حرامٍ، ولو قَبَضتْ نصفَه في الشِّرك حراماً، ثم أسلمَ، فعليه نصفُ مهرِ مثلها)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا ترافع الزوجان في صداق نكاح عقد له في الشرك فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون حلالاً معلوماً، فيحكم على الزوج به. وكذلك لو أسلما عليه، ولا يلزم الزوج غيره. فإن أقبضها في الشرك بريء منه، وإن لم يقبضها أخذته بعد الإسلام، أو عند الترافع إلى الحاكم مع بقائهما على الشرك.

والضرب الثاني: أن يكون حراماً لا يجوز أن يكون صداقاً في الإسلام، فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: يتقاضاه في الشرك قبل الترافع إلى الحاكم، فقد برئ الزوج منه لأن ما فعلاه في الشرك عفواً لا يتعقب بنقض، كما قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ اتَّقُواْ اللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا﴾[2] فجعل ما مضى عفواً. وقال النبيّ ﷺ: «الإسلامُ يجبُّ ما كانَ قَبْلَهُ»[3].

والقسم الثاني: أن يكون الصداق باقياً لم يتقابضاه، فلا يجوز أن يحكم بإقباضه

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٤.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٧٨.

(٣) حديث عمرو بن العاص وفيه قصة إسلامه، سبق تخريجه، وهو عند مسلم وأحمد.

سواء ترافعا وهما على الشرك، أو قد أسلما، ويحكم لها بمهر المثل دون القيمة، لأن الخمر لا قيمة له، وكذلك الخنزير وسائر المحرمات.

وقال أبو حنيفة: إن كان الصداق معيناً حكم لها به، سواء أسلما أم لا، وإن كان في الذمة. فإن كانا على الشرك حكم لها بمثل الخمر، وإن كانا قد أسلما حكم لها بقيمة الخمر، على أصله في غاصب الخمر إذا استهلكه، وقد مضى الكلام معه.

والقسم الثالث: أن يتقابضا بعضه في الشرك، ويبقى بعضه بعد الإسلام، أو بعد الترافع إلى الحاكم، فيبرأ الزوج من قدر ما أقبض في الشرك، ويحكم لها من مهر المثل بقسط ما بقي منه. وعند أبي حنيفة: يحكم لها بقيمة ما بقي منه على ما ذكرنا من أصله، وما ذكرناه أولى لما قدمناه.

وإذا كان كذلك، لم يخل حال الصداق الحرام المقبوض بعضه من أحد أمرين: إما أن يكون جنساً، أو أجناساً.

فإن كان جنساً واحداً، كأنْ أصدقها عشرة أزقاق من خمر، ثم ترافعا، أو أسلما وقد أقبضها خمسة أزقاق وبقيت خمسة، ففيها وجهان لأصحابنا.

أحدهما: أن يراعى عدد الأزقاق دون كيلها، فتكون الخمسة من العشرة نصفها، وإن اختلف كيلها فيسقط عنه من المهر نصفه، ويبقى عليه نصفه، فيلزمه نصف مهر المثل، وهذا قول أبي إسحاق المروزي.

والوجه الثاني: إنه يراعى كيلها دون عددها، فينظر كيل الخمسة المقبوضة من جملة كيل العشرة: فإن كان ثلثها في الكيل ونصفها في العدد برىء من ثلث المهر، ولزم ثلثا مهر المثل، وهذا قول أبي علي بن أبي هريرة.

ولو كان قد أصدقها عشرة خنازير وأقبضها من العشرة ستة خنازير، فعلى ما ذكرنا من الوجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق: إنك تراعي العدد، فتكون الستة من العشرة ثلاثة أخماسها، سواء اختلفت في الصغر والكبر، أو لم تختلف، فيبرأ من ثلاثة أخماس الصداق، ويطالب بخمسي مهر المثل.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي: إنك تراعيها في الصغر والكبر، وكان الكبير منها

يعدل صغيرين وقد قبض في الستة كبيرين وأربعة صغاراً، كانت الأربعة تعادل كبيرين، فصارت الستة أربعة كباراً والأربعة من العشرة خمسها، فيبرأ من خمسي الصداق، وترجع عليه بثلاثة أخماس من مهر المثل.

وإن كان الصداق أجناساً مختلفة، كأن أصدقها خمسة أزقاق خمراً وعشرة خنازير وخمسة عشر كلباً، ثم ترافعا، أو أسلما وقد أقبضها خمسة أزقاق خمراً وبقيت الخنازير والكلاب بأسرها، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: إنك تعتبر عدد الجميع، فيكون المقبوض خمسة من ثلاثين وهو سدسها، فيسقط عنه سدس الصداق، ويؤخذ بخمسة أسداس مهر المثل.

والوجه الثاني: أن تعتبر عدد الأجناس وهي ثلاثة أجناس، والمقبوض أحدها فيسقط عنه ثلث الصداق، ويؤخذ بثلثي مهر المثل.

والوجه الثالث: وهو قول أبي العباس ابن شريح: إنك تعتبر قيمة الأجناس الثلاثة، وتنظر قيمة المقبوض، فتسقطه منها، فيبرأ بقسطه من الصداق، ويؤخذ بقسط الباقي من مهر المثل.

قال أبو العباس: وقد يجوز في الشرع أن تعتبر قيمة ما لا يحل بيعه ولا قيمة له، كما يعتبر في حكومة ما لا يتقدر من جراح الحر قيمته لو كان عبداً، وإن لم يكن للحر ثمناً ولا قيمة. كذلك الخمور والخنازير والكلاب، ولو كان المقبوض من الثلاثة جنساً آخر غير الخمر، كان على ما ذكرنا من الأوجه الثلاثة، فاعتبر بها وبالله التوفيق.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (والنصرانيُّ في نِكاحِ ابنتِهِ وابنه الصَّغيرين كالمُسْلِم)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأننا قد ذكرنا أن ولي الكافرة كافر، فله أن يزوج بنته الصغيرة إذا كانت بكراً، ولا يزوجها إن كانت ثيباً كالمسلم. ويجوز أن يزوج بنته الكبيرة بكراً بغير إذن، وثيباً بإذن. وله أن يزوج ابنه الصغير، وليس له تزويج الكبير، كما نقوله في الأب المسلم في بنته وابنه المسلمين.

فأما ولاية الكافر على أموال الصغار من أولاده، فما لم يرفع إلينا أقروا عليه. فإذا

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٤.

رفع إلينا لم يجز أن يؤتمن على أموالهم، وترد الولاية عليهم فيها إلى المسلمين، بخلاف الولاية في النكاح، لأن المقصود بولاية الأموال الأمانة وهي في المسلمين أقوى، والمقصود بولاية النكاح الموالاة وهي في الكافرة للكافر أقوى. والله أعلم.

بابُ إتْيَانِ الْحَائِضِ وَوَطْءِ اثْنَتَيْنِ قَبْلَ الغُسْلِ مِنْ كُتُب(١)

قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (أمرَ اللَّهُ تعالى باعتزالِ الحُيَّضِ فاستدلَلْنَا بالسُّنة على ما أرادَ وقُلنا: تشدُّ إزارها على أسفلِها ويباشِرُها فوق إزارها، حتى ينقطعَ الدَّمُ وترى الطُّهْر)(٢)

قال الماوردي: أما وطء الحائض في الفرج فحرام، بالنص والإجماع، قال الله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُواْ النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ﴾(٣) وفي هذا المحيض ثلاثة تأويلات:

أحدها: أنه أراد به دم الحيض.

والثاني: زمان الحيض.

والثالث: مكان الحيض. . .

ثم قال: ﴿وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ﴾(٤) أي حتى ينقطع دمهن ﴿فَإِذَا تَطَهَّرْنَ﴾(٥) فيه تأويلان:

أحدهما: فإذا انقطع دمهن وهذا تأويل أبي حنيفة.

والثاني: فإذا تطهرن بالماء، وهذا تأويل الشافعي(٦)، وأكثر الفقهاء والمفسرين(٧).

---

(١) في مختصر المزني: باب إتيان الحائض ووطء اثنتين قبل الغسل من هذا ومن كتاب عشرة النساء.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٧٤، وفيه: «ويباشرها فوق إزارها، حتى يطهرن، حتى ينقطع الدم وترى الطهر».

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٢٢.

(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٢٢.

(٥) سورة البقرة، الآية: ٢٢٢.

(٦) راجع قول الشافعي في الأم باب إتيان النساء حيضاً: ٥/٩٣.

(٧) راجع: الدر المنثور للسيوطي: ١/٦٢٤، والقرطبي في تفسيره: ٣/٨٨، وفتح القدير للشوكاني: ١/٢٢٥.

﴿فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾[١] فيه تأويلان:

أحدهما: في القبل الذي نهى عنه في حال الحائض، وهذا تأويل ابن عباس[٢].

والثاني: من قبل طهرهن، لا من قبل حيضهن، وهذا تأويل عكرمة وقتادة[٣] فصار تحريم وطء الحائض في القبل نصاً وإجماعاً لأنه لم يعرف فيه خلاف أحد.

فلو استحل رجل وطء حائض مع علمه بالنص والإجماع كان كافراً، ولو فعله مع العلم بتحريمه كان فاسقاً.

فصل: فأما الاستمتاع بما دون الفرج منها فيجوز أن يستمتع بما فوق السرة ودون الركبة، لقول النبيّ ﷺ: «**يستمتَعُ من الحائِضِ بما فَوقَ الإزارِ**»[٤].

وأما الاستمتاع بما بين السرة والركبة إذا عدلَ عن الفرجين، ففيه وجهان:

أحدهما: إنه حرام، وهو قول أبي حنيفة لأن النبيّ ﷺ أباح الاستمتاع منها بما فوق الإزار وبما بين السرة والركبة هو مما تحت الإزار وليس مما فوقه، فدل على تحريمه.

والوجه الثاني: أنه مباح وبه قال مالك، ومن أصحابنا: أبو علي بن خيران، وأبو إسحاق المروزي، ولأن تحريم وطء الحائض لأجل الأذى، فوجب أن يكون مقصوراً على مكان الأذى وهو الفرج دون غيره. وروي أن عمر رضي الله عنه سئل عن ذلك فقال: إذا

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٢٢.

(٢) راجع: الدر المنثور للسيوطي: ١/ ٦٢٥، وتفسير الطبري: ٢/ ٢٢٩.

(٣) راجع قول عكرمة وقتادة في: الدر المنثور للسيوطي: ١/ ٦٢٥ وتفسير ابن جرير: ٢/ ٢٣٠.

(٤) حديث حكيم بن حزام عن عمّه، أخرجه البيهقي: ١/ ٣١٢، وقال الهيثمي: ١/ ٢٨١ هو من حديث عمر: أنه سأل رسول الله ﷺ فذكر الحديث. قال الهيثمي: رواه أبو يعلى، ورجاله رجال الصحيح. وتقدّم في الحيض وتقدّم حديث عائشة: كان رسول الله ﷺ يأمر إحدانا إذا كانت حائضاً أن تتّزر من فور حيضتها ثم يباشرها، وأيكم أملك لإربه. أخرجه البخاري (٣٠٠) ومسلم (٢٩٣)، وأبو داود (٢٦٨)، والترمذي (١٣٢)، والنسائي: ١/ ١٨٩، وأحمد: ٦/ ٥٥ و١٧٤ و١٨٩، وابن ماجة (٦٣٦) والبيهقي: ١/ ٣١٠... وحديث ميمونة: كان رسول الله ﷺ يباشر نساءه فوق الإزار وهنّ حيض عند مسلم (٢٩٥) والبخاري (٣٠٣) وعند أبي داود (٢٦٧): إذا كان عليها إزار يبلغ أنصاف الفخذين أو الركبتين، وابن حبان (١٣٦٥)...

توقّى الجَحْرين فلا بأس[١] ويكون قوله ﷺ: «يستمتعُ من الحائضِ بما فوقَ الإزار»[٢] محمولاً على ما دونَ الفرجِ ويكون الإزار كناية عن الفرج لأنه محل الإزار، كما قال الشاعر[٣]:

قوم إذا حاربوا شدوا مآزرهم ... دون النساء ولو باتت بأطهار

أي: شدوا فروجهم.

وخرَّج أبو الفياض[٤]، من أصحابنا وجهاً ثالثاً: أنه إن كان قاهراً لنفسه يأمن أن تغلبه الشهوة فيطأ في الفرج حرم عليه أن يستمتع بما دونه، إلا من وراء الإزار.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: ﴿فَإِذَا تَطَهَّرْنَ يعني ـ والله أعلم ـ الطهارة التي تحلُّ بها الصَّلاةُ الغُسْلُ والتيُّمم﴾[٥].

قال الماوردي: أما ما دام دم الحيض باقياً فوطؤها في الفرج على تحريمه، فإذا انقطع دم حيضها فمذهب الشافعي: أن وطئها بعد انقطاع الدم على تحريمه حتى تغتسل أو تتيمم إن كانت عادمة للماء، وقال طاوس ومجاهد: وطؤها حرام حتى تتوضأ، فتحل[٦]. وقال أبو حنيفة: قد حل وطؤها وإن لم تغتسل ولم تتوضأ، وقد دللنا عليه في كتاب الحيض بما أغنى.

---

(١) في مصنف عبد الرزاق (١٢٣٨) عن عمر: وأمّا ما يحلّ للرجل من امرأته حائضاً فكلّ ما فوق الإزار لا يطّلعنّ على ما تحته حتى تطهر. . . وعند أحمد: ١/ ١٤: له ما فوق الإزار، وعند عبد الرزاق (٩٨٧) عن عمر: فلك ما فوق الإزار، ولا تطلّعون على ما تحته حتى تطهر. والمحلى لابن حزم: ١٠/ ٧٧.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) الشاعر: هو الأخطل، غياث بن غوث التغلبي، من شعراء الدولة الأموية وسبق التعريف به.

(٤) محمد بن الحسين بن المنتصر، أبو الفياض (ت ٣٨٥) هـ. تتلمذ على صاحب المهذب ـ الشيرازي ـ وأخذ عنه الصيمري شيخ الماوردي.

(٥) مختصر المزني، ص: ١٧٤.

(٦) أخرج عبد الرزاق (١٢٧٢) عن مجاهد في قوله تعالى: ﴿ولا تقربوهنّ حتى يطهرْنَ فإذا تطهّرن﴾ قال: للنساء طهران: طهر قوله: ﴿حتى يطهرن﴾ يقول: إذا تطهرن من الدم قبل أن يغتسلن، وقوله: ﴿إذا تطهرن﴾ أي إذا اغتسلن، ولا تحل لزوجها حتى تغتسل، يقول: ﴿فأتوهنّ من حيث أمركم الله﴾ من حيث يخرج الدم، فإنْ لم يأتها من حيث أمر، فليس من التوابين وليس من المتطهرين. وفي تفسير الطبري: ٢/ ٢٢٨ عن طاوس ومجاهد قالا: إذا طهرت من الدم فشاء زوجها أن يأمرها بالوضوء قبل أن تغتسل. . . والقرطبي في تفسيره: ٣/ ٨٨: انقطاع الدم يحلّها لزوجها، بأن تتوضأ.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (فإنْ وطىءَ في الدَّمِ استغفَر اللَّهَ ولا يعُود)(١).

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا وطىء الحائض في قبلها فقد أثم، وعليه أن يستغفر الله تعالى ولا كفارة عليه، وهو قول أبي حنيفة، وأكثر الفقهاء.

وقال الحسن البصري: عليه ما على المظاهر، وقال سعيد بن جبير: عليه عتق نسمة(٢). وقال الأوزاعي: عليه أن يتصدق بدينار إن وطىء في الدم، وبنصف دينار إن وطىء قبل الغسل، وبه قال ابن جرير الطبري استدلالاً برواية ابن عباس أن النبيّ ﷺ قال: «إنْ وطِئها في العراكِ فعليه دينارٌ وإنْ وطىءَ قبل الغسْلِ فنصفُ دينارٍ»(٣) فروى هذا الحديث الشافعي وكان إسناده ضعيفاً، فقال: إن صحَّ قلتُ به وإن لم يصحَّ فلا شيءَ عليه(٤).

وإن صح فقد اختلف أصحابنا فيه مع الصحة، هل يكون محمولاً على الإيجاب، أو على الاستحباب؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول كثير منهم أنه يكون محمولاً على الإيجاب اعتباراً بظاهره، وقد حكى الربيع عن الشافعي أنه قال: ما ورد من سنة الرسول بخلاف مذهبي فاتركوا له مذهبي، فإن ذلك مذهبي. وقد فعل أصحابنا مثل ذلك في التثويب في الصلاة الوسطى.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٤.

(٢) راجع نيل الأوطار للشوكاني: ١/ ٣١٢، عن الحسن وسعيد: «من أتى حائضاً عليه عتق رقبة». والبغوي: ٢/ ١٢٨، قال الحسن: «عليه ما على المجامع في نهار رمضان، أي كفارة».

(٣) حديث ابن عباس: أخرجه أبو داود في النكاح مرفوعاً (٢١٦٨) في الذي يأتي امرأته وهي حائض قال: يتصدّق بدينار: أو بنصف دينار، وفي (٢١٦٩) عن ابن عباس قال: إذا أصابها في الدم فدينار، وإذا أصابها في انقطاع الدم فنصف دينار. والنسائي: ١/ ١٥٣، وابن ماجة (٦٤٠) وسكت عنه الثلاثة. وأخرجه الترمذي في الطهارة (١٣٦) بلفظ: «في الرجل يقع على امرأته وهي حائض، يتصدّق بنصف دينار». و(١٣٧) بلفظ: «إذا كان دماً أحمر فدينار، وإن كان دماً أصفر فنصف دنار»، وقال: حديث الكفارة في إتيان الحائض قد روي عن ابن عباس موقوفاً ومرفوعاً وسكت عنه وأخرجه الداقطني: ٣/ ٢٧٩، والبيهقي: ١/ ٣١٤، وعبد الرزاق (١٢٦٤) و(١٢٦٥) و(١٢٦٦)، والدارمي: ١/ ٢٥٤، وأحمد: ١/ ٢٧٢ و٣٢٥، وصححه الحاكم: ١/ ١٧١ ـ ١٧٢، ووافقه الذهبي وابن أبي شيبة: ٣/ ٤٨٧ ـ ٤٨٨.

(٤) نقله البيهقي عن الشافعي: ١/ ٣١٨ ـ ٣١٩. وراجع الأم وقول الشافعي في الخلاف في مباشرة الحائض: ٥/ ١٧٣.

والوجه الثاني: وهو قول أبي العباس بن سريج: أنه يكون محمولاً على الاستحباب دون الوجوب، لأن الزنا والوطء في الدبر أغلظ تحريماً، ولا كفارة فيه، فلأن لا يكون في وطء الحائض كفارة أولى. ولأن كفارة الوطء إنما تجب بما تعلق به من إفساد عبادة كالحج والصيام، وليس فيه كفارة إذا لم يتعلق به إفساد عبادة. وقد روي أن رجلاً قال لأبي بكر رضي الله عنه: رأيتُ في منامي كأني أبولُ الدَّم فقال: لعلَّكَ تطأُ امرأتَكَ حائِضاً قال: نعم، قال: استغفِرِ اللَّهَ ولا تَعُدْ[1] ولم يلزمْه كفارة.

فأما المستحاضة فلا يحرم وطؤها لأنها كالطاهرة فيما يحل ويحرم، ولأن دم الاستحاضة رقيق وهو دم عرق قليل الأذى، وليس كدم الحيض في ثخنه ورائحته وأذاه. والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو كانَ له إماءٌ فلا بأسَ أنْ يأتيهُنَّ معاً قبلَ أن يغتسِلَ. ولو توضَّأ كان أحبّ إليَّ. وأحبُّ لو غسلَ فرْجَهُ قبل إتيانِ التي بعدها. ولو كُنَّ حرائرَ فحلَلْنَهُ، فكذلك)[2].

قال الماوردي: أما الإماء فلا قسم لهن على السيد، فإذا أراد وطئهن في يوم واحد جاز، ويستحب أن يغتسل بعد وطء كل واحدة منهن لما فيهم من تعجيل فرض، وتكرار طاعة، ونشاط نفس، فإن لم يغتسل توضأ عند وطء كل واحدة منهن، وأنكر أبو داود ما أمر به الشافعي من الوضوء. لأنه مع بقاء الجنابة غير مؤثر في الطهارة، وما لا تأثير له كان فعله عبثاً.

وهذا إنكار مستقبح، وقول مسترذل واعتراض على السنة. روى أبو سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: «إذا أتى أحدُكُمْ أهلَهُ ثم أرادَ أن يعودَ فليتوضَّأْ»[3]. وقال لعمر بن

---

(١) الأثر عن أبي بكر: أخرجه عبد الرزاق (١٢٧٠) وابن أبي شيبة باب يقع على امرأته وهي حائض ما عليه؟ ٣/ ٤٨٨.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٧٤.

(٣) حديث أبي سعيد: أخرجه مسلم في الحيض (٣٠٨)، والترمذي في الطهارة (١٤١)، وأبو داود (٢٢٠)، والنسائي: ١/ ١٤٢، وابن ماجة (٥٨٧)، وأحمد: ٣/ ٢٨، والبيهقي: ١/ ٢٠٤ والبغوي (٢٧١)، والطيالسي: ١/ ٦١، والطحاوي: ١/ ١٢٩. وقال الترمذي: حديث حسن صحيح وزاد ابن حبان (١٢١١): «فإنه أنشط للعَوْد». وصححه ابن خزيمة (٢١٩) و(٢٢٠) و(٢٢١) والحاكم: ١/ ١٥٢، والبيهقي: ١/ ٢٠٤ والبغوي (٢٧١).

الخطاب: «إذا جامَعْتَ ثم أردْتَ المعاودَةَ فتوضَّأْ»[١] وقال عمر: يا رسولَ الله أيرقُدُ أحدُنا وهو جُنبٌ؟ قال: «نعم، إذا توضأ»[٢] فأمر بالوضوء وإنْ لم يرفع حدثاً. فإن لم يتوضأ عند وطء كل واحدة فيستحب أن يغسل ذكره بعد وطئها، لأنه مأثور ومسنون، ولأن فيه نشاط النفس ونهوضاً للشهوة. فإن لم يغتسل ولا يتوضأ ولا غسل ذكره ووطىء جميعهن واحدة بعد الأخرى جاز، واغتسل لهن، غسلاً واحداً.

روى حميد عن أنس أن رسول الله ﷺ طاف على نسائه ذات ليلة بغسل واحد، وروي وكنَّ يومئذٍ تسعاً[٣] ولأن الغسل يتداخل كالحدث.

ويكره أن ينتقل من وطء واحدة إلى وطء أخرى ويصبر حتى تسكن نفسه وتقوى شهوته، فقد روي عن النبيّ ﷺ «أنه نَهَى عن الفهر»[٤]، والفهرُ هو إذا وطِىءَ المرأةَ انتقلَ منها إلى أخرى.

ويكره أن يطأ بحيث يرى أو يحسن به، فقد روي عن النبيّ ﷺ «أنه نهى عن الوجس»[٥] وهو أن يطأ بحيثُ يُسْمَعُ حِسَّه.

---

(١) قال الترمذي إثر حديث أبي سعيد: وفي الباب عن عمر. وقال أحمد شاكر: وفي الباب عن ابن عمر، ولم يمكن الترجيح بينهما أيهما صحيح ونقل عن الشوكاني: ١-٢٧٢: قد روي عن ابن عمر وعمر بإسنادين ضعيفين. وقال الترمذي: وهو قول عمر بن الخطاب، وقال به غير واحد من أهل العلم قالوا: إذا جامع الرجل امرأته ثم أراد أن يعود، فليتوضأ قبل أن يعود.
وأخرج ابن أبي شيبة: ١/ ١٠١ عن عمر قال: «إذا أتيت يا سلمان أهلك ثم أردت أن تعود، توضَّأ بينهما»، وعن ابن عمر: كان إذا أتى أهله ثم أراد أن يعود توضأ، وفي رواية: غسل وجهه وذراعيه، وهو قول: عكرمة، وإبراهيم، وعطاء.

(٢) حديث ابن عمر: أخرجه البخاري في الغسل (٢٨٧) و(٢٨٩) ومسلم في الحيض (٣٠٦) (٢٣)، والترمذي في الطهارة (١٢٠) والنسائي: ١/ ١٣٩ وابن ماجة (٥٨٥)، والبيهقي: ١/ ٢٠٠ ـ ٢٠١ وأحمد: ٢/ ١٧، والطحاوي: ١/ ١٢٧.

(٣) حديث أنس: أخرجه البخاري في الغسل (٢٨٤) وفي النكاح (٥٢١٥). وأخرجه مسلم (٣٠٩)، وأحمد: ٣/ ١٦٠ و١٨٥ و٢٥٢، والدارمي: ١/ ١٩٢ ـ ١٩٣، والبيهقي: ١/ ٢٠٤، والترمذي (١٤٠) والنسائي: ١/ ١٤٣، ٦/ ٥٣ ـ ٥٤، وابن ماجة (٥٨٨)، والطحاوي: ١/ ١٢٩، وابن خزيمة (٢٢٩) و(٢٣٠) و(٢٣١).

(٤) تقدّم في الطهارة، وذكره ابن الأثير في النهاية: ٣/ ٤٨١.

(٥) ذكره ابن الأثر في النهاية: ٥/ ١٥٧، وأخرج البيهقي: ٧/ ١٩٣، عن ابن مسعود مرفوعاً: «إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ولا يتجردان تجرّد البعير» قال البيهقي: وتفرّد به مندل بن علي وليس بالقوي. ونقل عن =

فصل: فأما الحرائر فالقسم بينهن واجب إذا طلبنه، فإذا أراد أن يطأهن في يوم واحد لم يجز، لأنه لإحداهن، فلم يجز أن يطأ غيرها في يومها، إلا أن يحللنه، فإذا حللنه سقط قسمهن، وجاز أن يطأهن في يوم واحد كالإماء. والله أعلم.

= الشافعي قال: وأكره أن يطأها والأخرى تنظر، لأنه ليس من التستر ولا محمود الأخلاق... ونقل البيهقي عن أبي عبيد في حديث الحسن في الرجل يجامع امرأته والأخرى تسمع قال: كانوا يكرهون الوجس، وهو الصوت الخفي.

بابُ إتيَانِ النِّسَاءِ في أَدْبَارِهِنَّ[1]

قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ذَهبَ بعضُ أصحابنا في إتيانِ النِّساء في أدبارِهِنَّ إلى إحلالِهِ، وآخرونَ إلى تحريمه الفصل)[2].

قال الماوردي: اعلم أن ما عليه الشافعي وما عليه الصحابة وجمهور التابعين والفقهاء: أن وطء النساء في أدبارهن حرام. وحكي عن نافع، وابن أبي مليكة، وزيد بن أسلم: أنه مباح. ورواه نافع عن ابن عمر[3].

واختلفت الرواية فيه عن مالك، فروى عنه أهل المغرب: أنه أباحه في كتاب السر،

---

(١) مختصر المزني: إتيان النساء في أدبارهنّ، من أحكام القرآن، ومن كتاب عشرة النساء.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٧٤، وتتمة الفصل: وروي عن جابر بن عبد الله من حديث ثابت: أن اليهود كانت تقول: من أتى امرأة في قُبُلها من دبرها جاء ولده أحول. فأنزل الله تعالى: ﴿نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنّى شئتم﴾. وروي عن النبي ﷺ، أن رجلاً سأله عن ذلك فقال النبي ﷺ: «في أيّ الخربتين، أو في أيّ الخرزتين، أو في أيّ الخصفتين، أمن دبرها في قبلها فنعم، أم من دبرها في دبرها فلا، إن الله لا يستحي من الحق، لا تأتوا النساء في أدبارهنّ»، قال الشافعي: فلست أرخّص فيه بل أنهي عنه.

(٣) قال الإمام الطحاوي في شرح معاني الآثار: ٣/ ٤٠ ـ ٤١. ذهب قوم إلى أن وطء المرأة في دبرها جائز. واحتجوا بحديث أبي سعيد وبالآية ﴿فأتوا حرثكم أنّى شئتم﴾. وروي عن عبد الله بن عمر إباحة ذلك، ونقل عن مالك، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن، عن سعيد بن يسار: «أنه سأل ابن عمر عنه ـ يعني عن وطء النساء في أدبارهن ـ فقال: لا بأس به». وقال الطحاوي: وروي عنه خلاف ذلك من طريق سعيد بن يسار قال: قلت لابن عمر: ما تقول في الجواري الحمض بهنّ. قال: وما التحميض؟ فذكرتُ الدبر فقال: وهل يفعل ذلك من المسلمين؟ فقد ضادّ هذا عن ابن عمر. والدليل على صحة هذا، إنكار سالم بن عبد الله أن يكون ذلك كان من أبيه. وفي: ٣/ ٤٢ أخرج الطحاوي عن موسى بن عبيد الله بن الحسن، أن أباه سأل سالم بن عبد الله أن يحدّثه بحديث نافع، عن ابن عمر، أنه كان لا يرى بأساً بإتيان النساء في أدبارهنّ، فقال سالم: كذب العبد أو أخطأ إنما قال: لا بأس أن يؤتَيْنَ في فروجهنّ مِن أدبارهن، ولقد قال ميمون بن مهران: أن نافعاً إنما قال ذلك بعدما كبر وذهب عقله.
وأخرج عن أبي النضر أنه قال لنافع: «إنه قد أُكثِر عليك القول أنك تقول عن ابن عمر أنه أفتى أن تؤتى النساء في أدبارهنّ فقال نافع: كذبوا عليّ».. وساق الحديث. وراجع تفسير القرطبي: ٣/ ٩٣ وتفسير الطبري: ٢/ ٢٣٤، والمحلى: ١١/ ٢٨٨، والمغني: ٧/ ٢٩٦، والدر المنثور: ١/ ٦٣٧.

وقال أبو مصعب[١] سألته عنه فأباحه، وقال ابن القاسم[٢]: قال مالك: ماأدركت أحداً اقتدى به في ديني يشك في أنه حلال. وأنكر أهل العراق ذلك عنه، ورووا عنه تحريمه[٣].

ولما انتقل ابن عبد الحكم[٤]، عن مذهب الشافعي إلى مذهب مالك، حكى عن الشافعي أنه قال: ليس في إتيان النساء في أدبارهن حديث ثابت، والقياس يقتضي جوازه. يريد ابن عبد الحكم بذلك: نصرة مالك، فبلغ ذلك الربيع، فقال: كذب واللهِ الذي لا إله إلا هو، لقد نَصّ الشافعي على تحريمه في ستة كتب.

واستدل من ذهب إلى إباحته بما رواه مالك، عن نافع، عن ابن عمر، أن رجلاً أتى امرأة في دبرِها، فوجدَ في ذلك وجداً شديداً، فأنزَلَ الله تعالى: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾[٥] وقال تعالى: ﴿أَتَأْتُونَ الذُّكْرَانَ مِنَ الْعَالَمِينَ وَتَذَرُونَ مَا خَلَقَ لَكُمْ رَبُّكُمْ مِنْ

---

(١) أبو مصعب: أحمد بن أبي بكر بن الحارث، الزهري المدني، شيخ أهل المدينة (ت ٢٤٢) هـ. راجع تذكرة الحفاظ: ٢/ ٤٨٢.

(٢) عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة، أبو عبد الله البصري (ت ١٩١) هـ. تفقّه على مذهب مالك وبلغ مكانة كبيرة. راجع: تذكرة الحفاظ: ١/ ٢٥٦.

(٣) وسبب ذلك، ما نسبوه إلى مالك من كتاب يسمّى السرّ، وفيه إتهام باطل له، أنكره أصحاب مالك وكبار فقهائه من إباحته لوطء المرأة في دبرها، ونقل هذا التكذيب القرطبي في تفسيره: ٣/ ٩٤ ـ ٩٥ وابن حجر في التلخيص الحبير: ٣/ ١٨٣.

(٤) هو محمد بن عبد الله بن عبد الحكم بن أعين، أبو عبد الله المصري (ت ٢٦٨) هـ. وثقة النسائي، والذهبي، وابن خزيمة. راجع: تذكرة الحفاظ: ٢/ ٥٤٦، وشذرات الذهب: ٢/ ١٥٤.

(٥) قال السيوطي في الدر المنثور: ١/ ٦٣٦ ـ ٦٣٧، وأخرج ابن جرير والطبراني في الأوسط، وابن مردويه وابن النجار بسند حسن عن ابن عمر: أن رجلاً أصاب امرأته في دبرها في زمن رسول الله ﷺ، فأنكر ذلك الناس وقالوا: اثفروها، فأنزل الله: ﴿نساؤكم حرث لكم﴾. وأخرج الخطيب في رواة مالك من طريق أحمد بن الحكم العبدي، عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر. قال: جاءت امرأة من الأنصار إلى النبي ﷺ تشكو زوجها. فأنزل الله: ﴿نساؤكم حرث لكم﴾.

وقال: وأخرج النسائي وابن جرير من طريق زيد بن أسلم، عن ابن عمر: أن رجلاً أتى امرأة في دبرها، فوجد في نفسه من ذلك وجداً شديداً، فأنزل الله: ﴿نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم﴾.

وأخرج الدارقطني في غرائب مالك من طريق أبي بشر الدولابي، عن أحمد بن سعيد، عن أبي ثابت محمد بن عبيد الله المدني، عن عبد العزيز بن محمد الدراوردي، عن عبد الله بن عمر وابن أبي ذئب ومالك بن أنس، فرّقهم كلهم عن نافع قال: قال لي ابن عمر: أمسك علي المصحف يا نافع فقرأ حتى أتى على: ﴿نساؤكم حرث لكم﴾ قال: أتدري يا نافع فيم نزلت هذه الآية؟ قلت: لا، قال: نزلت في رجل من الأنصار أتى امرأته في دبرها، فأعظم الناس ذلك، فأنزل الله تعالى الآية. قلت له: من دبرها في =

﴿أَزْوَاجِكُم﴾[١] فدل على أنه أباح من الأزواج ما حظره من الذكران، وقال تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ﴾[٢] فدل على أن جميعهن لباس يستمتع به على عمومه. ولأنه لو استثناه من عقد النكاح فسد، ولو وقع عليه الطلاق سرى إلى الباقي، فدل على أنه مقصود بالاستمتاع. ولأنه أحد الفرجين، فجاز إتيانه كالقبل. ولأنه لما ساوى القبل في كمال المهر وتحريم المصاهرة ووجوب الحد، ساواه في الإباحة.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ﴾[٣] فحرم الوطء على الحيض لأجل الأذى، فكان الدبر أولى بالتحريم لأنه أعظم أذى. ثم قال: ﴿فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾[٤] يعني في القبل، فدل على تحريم إتيانها في الدبر.

وروى مسلم بن سلام عن علي بن طلق، أن أعرابياً سأل النبيّ ﷺ فقال: إنا نكونُ في الفَلاةِ فنجدُ رُوَيْحَة والماءُ قليلٌ فقال النبيّ ﷺ: «إذا فسا أحدُكم فليتوضّأْ»، وخطب الناس فقال: «لا تأتُوا النِّساءَ في أستاهِهِنَّ إن اللَّهَ لا يستحي من الحق»[٥]. وروى سهيل بن أبي صالح، عن محمد بن المنكدر، عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال: «استحيُوا من الله، إن الله لا يستحي من الحقّ لا تأتُوا النِّساء في حُشُوشِهِنَّ»[٦]. وروى جعفر بن محمد، عن هرمي بن عمر الخطمي، عن خزيمة بن ثابت قال: سمعتُ النبيّ ﷺ يقول: «إنّ الله لا

= قبلها؟ قال: لا: لا في دبرها... وراجع الطبري في تفسيره: ٢/ ٢٣٤، وابن كثير في تفسيره: ١٠/ ٢٦٢، والنسائي في الكبرى باب عشرة النساء: ٣/ ١٥١.

(١) سورة الشعراء، الآية: ١٦٦.

(٢) سورة البقرة، الآية: ١٨٧.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٢٢.

(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٢٢.

(٥) حديث علي بن طلق: أخرجه ابن حبان في صحيحه (٤١٨٩) و(٤٢٠١)، والترمذي في الرضاع (١١٦٤) و(١١٦٦) وقال: حدث حسن. وأبو داود في الطهارة (٢٠٥)، والدارمي: ١/ ٢٦٠، والدارقطني: ١/ ١٥٣، والبيهقي: ٢/ ٢٥٥، والبغوي (٧٥٢)، وأحمد: ١/ ٨٦، والطحاوي: ٣/ ٤٥. وابن كثير في تفسيره: ١/ ٢٦٤، والسيوطي في الدر المنثور: ١/ ٦٣٣.

(٦) حديث جابر: أخرجه الطحاوي: ٣/ ٤٥، والدارقطني: ٣/ ٢٨٨، والسيوطي في الدر المنثور: ١/ ٦٣٢، وابن كثير في تفسيره: ١/ ٢٦٢ والمنذري في الترغيب والترهيب: ٣/ ٢٩٠ وقال: رجاله ثقات، وهو قول الهيثمي: ٤/ ٢٩٩.

يستحيْ من الحقِّ لا تأتُوا النّساء في أدبارِهنَّ»[١]، وروى العلاء بنُ قتادة، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن النبيّ ﷺ قال: «ملعونٌ من أتى امرأةً في دُبُرِها»[٢].

وروى قتادة عن، عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. أن النبيّ ﷺ: سُئِلَ عن إتيانِ النّساء في أدبارهنّ فقال: «إنها اللّوطِيَّةُ الصُّغْرَى»[٣].

وروى يوسف بن ماهك، عن حفصة زوج النبي ﷺ قالت: «أتَتْ امرأةُ النبيِّ ﷺ فقالت: إنَّ زوجَها يأتيها وهي مدبِرَة، فقال ﷺ: «لا بأسَ إذا كانَ في صِمام واحد»[٤].

وروى الشافعي عن جابر بن عبد الله أن اليهود كانت تقولُ: مَنْ أتى امرأتَهُ في قبُلها من دبُرِها جاء ولدُهُ أحولَ فأنزل الله تعالى: ﴿نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُواْ حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾[٥].

وأن رجلاً سأل النبي ﷺ عن ذلك فقال النبيّ ﷺ: «في أي الخُرْزَتين أو في أي الخُرْبَتَين أو في أي الخَصَفَتين، أمن دبُرِها في قبُلها؟ فنعَمَ أمْ مِنْ دبُرها في دبرها فلا، إن الله لا

(١) حديث خزيمة بن ثابت أخرجه ابن حبان في النكاح (٤١٩٨) من طريق ابن الهاد، عن عبيد الله بن حصين الوائلي. عن هرميّ بن عبد الله الواقفي، عن خزيمة بن ثابت الخطمي و(٤٢٠٠) من طريق ابن وهب عن عمرو بن الحارث، عن سعيد بن أبي هلال، عن عبد الله بن علي بن السائب، عن حُصين، عن هرميّ أن خزيمة بن ثابت. الحديث.

أخرجه النسائي في الكبرى باب عشرة النساء: ٣/ ١٢٦ ـ ١٢٧، والطحاوي: ٣/ ٤٣، والبيهقي: ٧/ ١٩٧ ـ ١٩٨، وابن ماجة (١٩٢٤)، والشافعي في مسنده: ٢/ ٢٩، وأحمد: ٥/ ٢١٣ والبغوي في معالم التنزيل: ١/ ١٩٩ والدارمي: ١/ ٢٦١، و٢/ ١٤٥.

(٢) حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: لم أقف عليه بهذا السند، وإنما لفظه هو من رواية أبي هريرة عند أبي داود (٢١٦٢) مرفوعاً: ملعونٌ من أتى امرأة في دُبُرها؛ وابن كثير في تفسيره: ١/ ٢٦٣ وأحمد: ٢/ ٤٤٤.

(٣) أخرجه الطحاوي: ٣/ ٤٤، وزاد: يعني إتيان النساء في أدبارهنّ والبيهقي: ٧/ ١٩٨، وأحمد: ٢/ ١٨٢، والمنذري في الترغيب والترهيب: ٣/ ٢٨٩، وابن كثير في تفسيره: ١/ ٢٦٢.

(٤) حديث حفصة: أخرجه الطحاوي: ٣/ ٤٢ ـ ٤٣، والبيهقي: ٧/ ١٩٥، والسيوطي في الدر المنثور: ١/ ٦٢٩، وابن كثير في تفسيره: ١/ ٢٦١. والصِّمام: الثقب الواحد، أي القبل.

(٥) حديث جابر: في مختصر المزني، ص: ١٧٤. وأخرجه البخاري في التفسير (٤٥٢٨) ومسلم في النكاح (١٤٣٥) (١١٦) و(١١٧) و(١١٨) و(١١٩) والترمذي في التفسير (٢٩٧٨)، وأبو داود (٢١٦٣) وابن ماجة (١٩٢٥)، والدارمي: ٢/ ١٤٥ ـ ١٤٦ والنسائي في عشرة النساء: ٢/ ٣٦٣، والطحاوي: ٣/ ٤١، والبيهقي: ٧/ ١٩٥، والبغوي في تفسيره: ١/ ١٩٨.

يستحي من الحق»[١].

ولأنه إجماع الصحابة، روي ذلك عن علي بن أبي طالب، وعبد الله بن عباس، وابن مسعود، وأبي الدرداء[٢].

أما علي فسئل عنه فقال: ﴿أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ﴾[٣]. وأما ابن عباس، فسأله رجل عنه فقال: هذا يسألني عن الكُفْر[٤] وأما ابن مسعود، وأبو الدرداء، فغلظا فيه وحرَّماه وليس لمن ذكرنا من الصحابة مخالف فصار إجماعاً.

فإن قيل: قد خالفهم ابن عمر. قيل: قد روى عنه ابنه سالم، خلافه، وأنكر على نافع ما رواه عنه[٥].

وقال الحسن بن عثمان لنافع: أنت رجل أعجميٌّ، إنما قال ابن عمر: من دُبرها في قبلها، فصحَّفْتَ وقلت: في دبُرها، فأهلكْتَ النِّساء.

ومن طريق القياس: إنه إتيان، فوجب أن يكون محرماً كاللواط. ولأنه أذى معتاد، فوجب أن تحرم الإصابة فيه كالحيض. ولا يدخل عليه وطء المستحاضة، لأنه نادر.

---

(١) في مختصر المزني: ص ١٧٤. وأخرجه الشافعي في الأم باب: إتيان النساء في أدبارهن: ٥/ ٩٤، من طريق محمد بن علي بن شافع، عن عبد الله بن علي بن السّائب، عن عمرو بن أحيحة أو ابن فلان ابن أحيحة وكان ثقة. عن خزيمة بن ثابت: أن سائلاً سأل رسول الله ﷺ عن إتيان النساء في أدبارهنّ، فقال رسول الله ﷺ: «حلال» ثم دعاه ـ أو أمر به فدعي فقال ـ الحديث. والطحاوي: ٣/ ٤٣ ـ ٤٤، والبيهقي: ٧/ ١٩٦، وفي إسناده: عمرو بن أحيحة قال: ابن حجر في التلخيص الحبير: ٣/ ١٧٩: مجهول الحال. لكنْ ذكره ابن حبان في ثقات التابعين.

والخرزة: بضمّ الخاء، الثقب الذي يخدثه الخرّاز. والخربة: بضمّ الخاء هو الثقب المستدير. والخصفة: بالفتح، الثقب.

(٢) أخرج الطحاوي: ٣/ ٤٦ عن ابن مسعود قال: محاش النساء حرام. وأخرج ابن أبي شيبة: ٣/ ٣٦٣، عن أبي الدرداء قال: وهل يفعل ذلك إلا كافر؟ وعن أبي هريرة: من أتاه من الرجال والنساء فقد كفر. وفي رواية: فقد كفر بما أنزل على محمد. وعن علي: نادى علي على المنبر فقال: سلوني، فقال رجل: أتؤتى النساء في أدبارهن؟ فقال: سفلت، سفل الله بك، ألم تر أن الله تعالى يقول: ﴿أتأتون الفاحشة﴾ سورة الأعراف، الآية: ٨٠، والبيهقي: ٧/ ١٩٨، وعن ابن عباس: أنه كان يعيب النكاح في الدبر عيباً شديداً.

(٣) الأثر عن علي: تقدّم عند البيهقي وابن أبي شيبة.

(٤) أخرجه السيوطي في الدر المنثور: ١/ ٦٣٢، وابن كثير في تفسيره: ١/ ٢٦٢.

(٥) سبق تخريج الأثر، والروايات فيه.

فأما الاستدلال بقوله تعالى: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ﴾[(١)] فقد روى جابر: إن سبب نزولها ما ذكرته اليهود أنّ مَنْ أتى امرأة من دبرها في قبلها جاء ولدُه أحول[(٢)]. وقال ابن عباس: وهم ابنُ عمر في ذلك، إنما نزلت فيمن وَطِىءَ في الفَرْج مِن خَلْفِها[(٣)].

وحكى عبد الله بن علي: أن سبب نزولها، أن ناساً من أصحاب رسول الله ﷺ جلسوا يوماً مع قوم من اليهود، فجعل بعضهُم يقول: إني لآتي امرأتي وهي مضطجعةٌ، ويقول الآخر: إني لآتيها وهي قائِمَة: ويقول الآخر: إني لآتيها وهي على جنبها، ويقول الآخر: إني لآتيها وهي باركة. فقال اليهود: ما أنتم إلا أمثالُ البهائمِ، فأنزل الله هذه الآية[(٤)].

على أن قوله: ﴿حَرْثٌ لَكُمْ﴾[(٥)] والحرث هو: مزدرع الأولاد في القبل دليل أن الإباحة توجهت إليه دون الدبر الذي ليس بموضع حرث، ولا مزدرع لذلك.

وأما قوله تعالى: ﴿أَتَأْتُونَ الذُّكْرَانَ مِنَ الْعَالَمِينَ وَتَذَرُونَ مَا خَلَقَ لَكُمْ رَبُّكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ﴾[(٦)] فمعناه: أتأتون المحظور من الذكران، وتذرون المباح من فروج النساء؟.

وقوله تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ﴾[(٧)] فيه تأويلان:

أحدهما: أن اللباس، السكن. كقوله تعالى: ﴿وَجَعَلَ لَكُمُ اللَّيْلَ لِبَاساً﴾[(٨)] أي سكناً.

والثاني: أن بعضهم يستر بعضاً كاللباس.

---

(١) سورة البقرة، ٢٢٣.

(٢) حديث جابر: سبق تخريجه.

(٣) حديث ابن عباس: أخرجه أبو داود في النكاح (٢١٦٤) قال: إن ابن عمر ـ والله يغفر له ـ أوهم، إنما كان هذا الحيّ من الأنصار وهم أهل وثن، مع هذا الحي من يهود وهم أهل كتاب... وكان هذا الحي من قريش يشرحون النساء شرحاً منكراً، ويتلذّذون منهنّ مقبلات، ومدبرات، ومستلقيات، فلما قدم المهاجرون المدينة تزوج رجل منهم إمرأة من الأنصار، فذهب يصنع بها ذلك، فأنكرته عليه... والبيهقي ٧/ ١٩٥ وصحّحه الحاكم: ٢/ ١٩٥ ووافقه الذهبي.

(٤) حديث عبد الله بن علي: أخرجه السيوطي في الدر المنثور: ١/ ٦٢٧، والطبري في تفسيره: ٢/ ٢٣٢.

(٥) سورة البقرة، الآية: ٢٢٣.

(٦) سورة الشعراء، الآية: ١٦٦.

(٧) سورة البقرة، الآية: ١٨٧.

(٨) سورة الفرقان، الآية: ٤٧.

وليس في ذلك على التأويلين دليل لهم.

وأما فساد العقد باستثنائه وسراية الطلاق به، فقد يفسد العقد باستثناء كل عضو لا يصح الاستمتاع به من فؤادها وكبدها، ويسري منه الطلاق إلى جميع بدنها، ولا يدل على إباحة الاستمتاع به، فكذلك الدبر.

وأما قياسهم على القبل فالمعنى فيه أنه لا أذى فيه.

وما استدلالهم بما يتعلق به من كمال المهر وتحريم المصاهرة، فغير صحيح، لأن ذلك لا يختص بمباح الوطء دون محظوره. ألا تراه يتعلق بالوطء في الحيض والإحرام والصيام، وإن كان محظوراً محرماً فكذلك هذا؟.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (فأمّا التلذُّذُ بغير إيلاجٍ بين الاليتَيْنِ فلا بأس)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح لعموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ﴾[2] الآية. ولقول النبي ﷺ: «أَمِنْ دبُرِها في قبُلِها، فنعمَ إنّ الله لا يستحي من الحق»[3] فدل على إباحة التلذذ بما بين الأليتين.

فصل: فأما عزل المني من الفرج عند الوطء فيه، فإن كان في الإماء جاز من غير استئذانهن لرواية أبي سعيد الخدري. أنه قال: يا رسولَ الله إنّا نصيبُ السّبَايا ونحبُّ الأثمانَ، أفنعزلُ عنهُنّ؟ فقال رسول الله ﷺ: «إن الله تعالى إذا قضى خَلْقَ نسمةٍ خلقَها، فإنْ شِئْتُم فاعزلوا»[4] ولأن في العزل استبقاء لرقها، وامتناع من الإفضاء إلى عتقها، فجاز كما يجوز أن يمتنع من تدبيرها. وإن كانت حرة لم يكن له أن يعزل عنها إلا بإذنها.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٤.

(٢) سورة المؤمنون، الآيتان: ٥ ـ ٦.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) حديث أبي سعيد: أصبْنا سبياً من سبي العرب، فاشتهينا النساء، واشتدت علينا الغربة، وأحببنا العزل، فأردنا أن نعزل، وقلنا: نعزلُ ورسول الله ﷺ بين أظهرنا قبل أن نسأله؟ فسألناه عن ذلك فقال: «لا عليكم أن لا تفعلوا، ما من نسمة كائنة إلى يوم القيامة إلا وهي كائنة».

أخرجه مالك في الطلاق: ٢/ ٥٩٤، والبخاري في العتق (٢٥٤٢) والنكاح (٥٢١٠)، ومسلم (١٤٣٨) (١٢٧)، وأبو داود (٢١٧٢)، والطحاوي: ٣/ ٣٣، وأحمد: ٣/ ٦٨، والبيهقي: ٧/ ٢٢٩، والبغوي (٢٢٩٥)، والدارمي: ٢/ ١٤٨.

والفرق بينهما: أن الحق في ولد الحرة مشترك بينهما، وفي ولد الأمة يختص به السيد دونها

فصل: فأما الاستمناء وهو استدعاء المني باليد، فهو محظور. وقد حكى الشافعي عن بعض الفقهاء إباحته، وأباحه قوم في السفر دون الحضر وهو خطأ لقوله تعالى: ﴿والَّذِيْنَ هُمْ لِفُرُوْجِهِمْ حَافِظُوْنَ إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ﴾[1] الآية فحظر ما سوى الزوجات وملك اليمين، وجعل مبتغى ما عداه عادياً متعدياً لقوله: ﴿فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُوْنَ﴾[2].

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لعنَ اللّهُ الناكِح يده»[3] ولأنه ذريعة إلى ترك النكاح وانقطاع النسل، فاقتضى أن يكون محرماً كاللواط.

مسالة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (فإنْ أصابَها في الدُّبُر لم يحصنْها)[4].

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن الإحصان كمال فلم يثبت إلا بوطء كامل وهو القُبُل، ولأنه لما لم يتحصن بوطء الإماء، وإن كان مباحاً اعتباراً بالجملة في الحرائر، كان بأن لا يتحصن بالوطء المحرم في الدبر أولى.

وجملة الأحكام التي تتعلق بالوطء ثلاثة أضرب:

أحدها: ما يختص بالوطء في القبل دون الدبر، وهي ثلاثة أحكام:

أحدها: الإحصان لا يثبت إلا بالوطء في القبل، ولا يثبت بالوطء في الدبر.

والثاني: إحلالها للزوج المطلق ثلاثاً لا يكون إلا بالوطء في القبل دون الدبر، لقوله ﷺ: «لا حتَّى تذوقي عُسَيلتَه ويذوقُ عُسَيلتك»[5] والعُسيلة في القبل.

---

(١) سورة المؤمنون، الآيتان: ٥ ـ ٦.

(٢) سورة المؤمنون: ٧.

(٣) لم أجده بهذا السياق لكن أورد ابن كثير في تفسيره: ١/ ٢٦٣ من حديث ابن عمر مرفوعاً: «سبعة لا ينظر الله إليهم يوم القيامة ولا يزكيهم، ويقال: ادخلوا النار مع الداخلين: الناكح يده...» وفي إسناده ابن لهيعة وهو ضعيف.

(٤) مختصر المزني، ص: ١٧٤.

(٥) حديث عائشة قالت: جاءت امرأة رفاعة إلى النبي ﷺ فقالت: كنتُ عند رفاعة فطلّقني فبتّ طلاقي، فتزوّجت عبد الرحمن بن الزبير وأن معه مثل هدبة الثوب، فقال: «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا حتى

والثالث: سقوط حكم العنة لا يكون إلا بالوطء في القبل دون الدبر، لأنه من حقوق الموطوءة، فاختص بالفرج المباح.

والضرب الثاني: يستوي فيه الوطء في القبل والوطء في الدبر، وهو سبعة أحكام:

أحدها: وجوب الغسل بالإيلاج عليها.

والثاني: وجوب الحد بالزنا في القبل والدبر جميعاً.

والثالث: كمال المهر. ووجوبه بالشبهة كوجوبه بالوطء في القبل.

والرابع: وجوب العدة منه كوجوبها بالوطء في القبل.

والخامس: تحريم المصاهرة ويثبت كثبوته بالوطء في القبل.

والسادس: فساد العبادات من الحج والصيام والاعتكاف يتعلق به كتعلقها بالوطء في القبل.

والسابع: وجوب الكفارة بإفساد الحج والصيام يتعلق به كتعلقها بالوطء في القبل.

والضرب الثالث: ما اختلف أصحابنا فيه وهي ثلاثة أحكام:

أحدها: الفيئة في الإيلاء فيها وجهان:

أحدهما: أنها لا تكون إلا بالوطء في القبل دون الدبر، لأنها من حقوق الزوجية، فتعلقت بالوطء المستباح بالعقد وهو القبل.

والوجه الثاني: إنها تكون بالوطء في الدبر. لأنه قد صار به حانثاً، ولزمته الكفارة فصار به فايئاً.

والثاني: العدة من الوطء في الدبر، فإن كان في عقد نكاح وجبت به العدة كوجوبها بالوطء في القبل، لأن العدة في النكاح قد تجب بغير وطء فكان أولى أن تجب بالوطء في الدبر. وإن كان لشبهة ففي وجوب العدة فيه وجهان:

= تذوقي عُسيلته ويذوق عسيلتك...» والعسيلة: تصغير العسل، وهي كناية عن لذة الجماع. أخرجه البخاري في الطلاق (٥٢٦٠) و(٥٢٦٥) واللباس (٥٧٩٢) والأدب (٦٨٤) ومسلم في النكاح (١٤٣٣) (١١١) و(١١٢) وأحمد ٦/ ٣٤ و٣٧ و٣٨ و٤٢ و١٩٣ و٢٢٦ وأبو داود (٢٣٠٩) والدارمي: ٢/ ١٦١ ـ ١٦٢ والنسائي: ٦/ ٩٣ و١٤٦ ـ ١٤٨ والترمذي (١١١٨)، وابن ماجة (١٩٣٢) والبيهقي: ٧/ ٣٧٣ ـ ٣٧٤، والبغوي (٢٣٦١).

أحدهما: تجب كوجوبها في النكاح.

والثاني: وهو قول أبي علي بن خيران: لا تجب لأنها في الشبهة تكون استبراء محضاً حفظاً للنسب واستبراء الرحم، وهذا المعنى مختص بالقبل دون الدبر.

والثالث: لحوق النسب من الوطء في الدبر، وإن كان في عقد نكاح لحق. وإن كان في شبهة ففي لحوق النسب به وجهان: إن قيل بوجوب العدة منه كان النسب به لاحقاً، وإن قيل: لا تجب العدة منه، لم يلحق به النسب. والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وينهاهُ الإمامُ، فإنْ عادَ عذرَه)[1].

قال الماوردي: أما فاعل ذلك في زوجته، فإنه ينهى ويكف لإقدامه على حرام وارتكابه المحظور، ولا يعالج في أول فعلة بأكثر من النهي، فينهى الزوج من الفعل، وتنهى الزوجة من التمكين، فإن عاودا ذلك بعد النهي عزرا تأديباً وزجراً، ولا حد فيه لأجل الزوجية. فأما فاعل الزنا، فعليه الحد وهو حد اللواط وفيه قولان:

أحدهما: كحد الزنى جلد مائة وتغريب عام إن كان بكراً، والرجم إن كان ثيباً.

والقول الثاني: القتل بكراً كان أو ثيباً.

وأما المفعول بها، فإن كانت مطاوعة فعليها حد اللواط على القولين، وإن كانت مكرهة فلا حد عليها، ولها مهر مثلها.

فإن قيل: فليس في اللواط مهر، فكيف وجب لهذه مهر، والفعلُ معها كاللواط، قيل: لأن النساء جنس يجب في التلذذ بهن مهر، فوجب لهن المهر. والذكران جنس يخالفون النساء فيه، فلم يجب لهم مهر والله أعلم.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٤.

باب الشِّغَارِ وَمَا دَخَلَ فِيهِ مِنْ أَحْكَامِ الْقرآن[١]

قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وإذا نكحَ ابنتَهُ أو المرأةُ يلي أمرها الرَّجلُ على أن ينكحَهُ الرّجُلُ ابنتَه، أو المرأة يلي أمرها، على أنّ صِدَاق كلٍّ واحدة منهما بضعُ الأخرى، ولم يسمِّ لكلٍّ واحدةٍ منهما صداقاً، فهذا الشِّغارُ الذي نهى عنه رسولُ الله ﷺ، وهو مفسوخٌ)[٢].

قال الماوردي: أما الشغار في اللغة فهو الخلو، يقال: بلد شاغر إذا خلا من سلطان، وأمر شاغر إذا خلا من مدبر، وأصله: مأخوذ من شغور الكلب، يقال: قد شغر الكلب إذا رفع إحدى رجليه للبول لخلو الأرض منها.

وحكى الجاحظ[٣] أن شغور الكلب علامة بلوغه، وأنه يبلغ بعد ستة أشهر من عمره، واستشهد بقول الشاعر:

حتـى تـوفـى الستـة الشهـور ... مـن عمـره ويلـغ الشغـورا[٤]

هذا قول أبي عمرو بن العلاء[٥] والأصمعي[٦]، وأكثر أهل اللغة. وقال ابن الأعرابي[٧]: سمي الشغار شغاراً لقبحه، ومنه شغور الكلب لقبح منظره إذا بال مع رفع

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٤.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٧٤.

(٣) هو عمرو بن بحر بن محبوب الكناني، أبو عثمان، والجاحظ لقبه لجحوظ عينيه (ت ٢٥٠) هـ. معلم العلم والأدب، له: الحيوان، والبخلاء، والبيان، والتبيين. . راجع: وفيات الأعيان: ٣/ ٤٧٠.

(٤) قائل البيت: الحسن بن هانيء، أبو نواس (ت ١٩٥) هـ شاعر الخمرة في العصر العباسي.

(٥) أبو عمرو بن العلاء بن عمار العريان، المازني البصري، واسمُه قيل: زيان (ت ١٥٦) هـ. أحد القراء السبعة، وأعلم الناس بالقرآن والشعر والنحو. راجع: وفيات الأعيان ٣/ ٤٤٦ ـ ٤٦٩.

(٦) عبد الملك بن قُريب، أبو سعيد. (ت ٢١٥) هـ. من أحسن العرب عبارة كما قال الشافعي. راجع وفيات الأعيان: ٣/ ١٧٠ ـ ١٧٥.

(٧) أحمد بن محمد بن زياد بن بشر، بن درهم، أبو سعيد البصري (ت ٣٤٠) هـ. إمام حافظ وثقة. راجع: تذكرة الحفاظ: ٢/ ٨٥٢.

رجله. وقال ثعلب[1]: الشغار الرفع، ومنه شغور الكلب.

والأصل في الشغار ما رواه ابن جريج، عن ابن الزبير، عن جابر بن عبد الله قال: نهى رسول الله ﷺ عن الشّغار[2]، وروى حميد، عن الحسن، عن عمران بن الحصين. عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا جَلَب ولا جَنْبَ ولا شِغَار في الإسلامِ»[3].

وأما الشِّغار فهو ما وصفه الشافعي: «يقول الرجل: قد زوَّجْتُك بنتي أو وليتي، على أن تزوِّجني بنتَك أو وليتك، على أن بضع كل واحدة منهما صداق الأخرى أو يقول: على أن صداق كل واحدة منهما صداق الأخرى، أو يقول: إن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى، فهذا هو الشغار المنهي عنه» والدليل عليه حديثان:

أحدهما: ما رواه الشافعي، عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر «أن رسول الله ﷺ نهى عن الشّغار، والشِّغارُ أن يزوِّجَ الرَّجُلُ ابنتَهُ على أن يزوِّجَهُ الآخرُ ابنتَه، ليس بينهما صِدَاق»[4].

والحديث الثاني: رواه معمر، عن ثابت، عن أنس، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا شغارَ في الإسلام، والشِّغارُ أنْ يبدلَ الرجلُ أختَه بأخته»[5] وهذا التفسير من الراوي، إما أن يكون سماعاً من رسول الله ﷺ فهو نص، وإما أن يكون عن نفسه فهو لعله بمخرج الخطاب، وشاهد الحال أعرف به من غيره[6].

---

(١) أحمد بن يحيى بن زيد بن سيار النحوي، أبو العباس، المعروف بثعلب (ت ٢٩١)هـ. إمام الكوفة في النحو واللغة، كان مشهوراً بالحفظ والصلاح. راجع: تذكرة الحفاظ: ٢/ ٦٦٦.

(٢) حديث جابر: أخرجه مسلم في النكاح (١٤١٧)، وأحمد: ٣/ ٣٢١، والبيهقي: ٧/ ٢٠٠.

(٣) حديث عمران بن الحصين: أخرجه النسائي في النكاح: ٦/ ١١١ وأبو داود في الجهاد (٢٥٨١) والترمذي في النكاح (١١٢٣) وأحمد: ٤/ ٤٣٩ و٤٤٣ والطيالسي (٨٣٨)، والدارقطني: ٤/ ٣٠٣.

(٤) حديث ابن عمر: أخرجه مالك في الموطأ: ٢/ ٥٣٥. والبخاري في النكاح (٥١١٢) والحيل (٦٩٦٠) ومسلم في النكاح (١٤١٥) (٥٧) والترمذي (١١٢٤) وأبو داود (٢٠٧٤) وابن ماجة (١٨٨٣)، والنسائي: ٦/ ١١٢، والدارمي: ٢/ ١٣٦، والبيهقي: ٧/ ١٩٩.

(٥) حديث أنس: أخرجه ابن ماجه في النكاح (١٨٨٥)، والنسائي: ٦/ ١١١، والبيهقي: ٧/ ٢٠٠، وابن حبان (٤١٥٤).

(٦) قال الشافعي في الأم كتاب الشغار: ٥/ ٧٦: لا أدري تفسير الشغار في الحديث، أو من ابن عمر، أو نافع، أو مالك.

فإذا تقرر أن نكاح الشغار ما وصفنا، فعقد النكاح فيه باطل، وبه قال مالك، وأحمد، وإسحاق. إلا أن مالكاً جعل النهي فيه متوجهاً إلى الصداق، وعنده أن فساد الصداق موجب لفساد النكاح. وعندنا: أن النهي فيه متوجه إلى النكاح دون الصداق، وإن فساد الصداق لا يوجب فساد النكاح، فصار مالك موافقاً في الحكم، مخالفاً في معنى النهي.

وقال أبو حنيفة: نكاح الشغار جائز، والنهي متوجه إلى الصداق دون النكاح، وفساد الصداق لا يوجب فساد النكاح. فصار مخالفاً لمالك في الحكم، موافقاً له في معنى النهي، وبه قال الزهري والثوري، استدلالاً بأن النهي متوجه إلى الصداق. لأنه لو قال كل واحد منهما: قد زوَّجْتُك بنتي على أن تزوِّجني بنتك، كان النكاحُ جائزاً. وإنما أبطله إذا قال: على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى، فدل على أن النهي إلى الصداق وفساده لا يوجب فساد النكاح، كما لو تزوجها على صداق من خمر أو خنزير. ولأنه لو قال: قد زوجتك بنتي على أن صداقها طلاق امرأتك، صح النكاح، وإن جعل الصداق بضع زوجته، فكذلك مسألتنا.

قالوا: ولأنكم جوزتم النكاح إذا سمى لهما أو لإحداهما صداقاً، فكذلك وإن لم يسمه، لأن ترك الصداق في العقد الصحيح لا يوجب فساده، كما أن ذكره في العقد الفاسد لا يوجب صحته.

ودليلنا: ما قدمناه من نهي النبي ﷺ، والنهي عندنا يقتضي فساد المُنْهَى عنه، ما لم يصرف عن دليل.

فإن قالوا: قد فسد بالنهي ما توجه إليه وهو الصداق دون النكاح، فعنه جوابان:

أحدهما: أن النهي توجه إلى النكاح، لما رواه نافع عن ابن عمر، «أن النبي ﷺ نهى عن الشِّغار»[1].

والثاني: أنه يحمل على عموم الأمرين.

فإن قالوا: إنما سمي شغاراً لخلوه من صداق، ونحن لا نخليه لأننا نوجب فيه صداق المثل، فامتنع أن يكون شغاراً. قيل: هذا فاسد، لأنه ليس يمنع ما أوجبتموه من الصداق بعد العقد من أن يكون نكاح الشغار وقت العقد، وقد توجه النهي إليه فاقتضى فساده.

(١) حديث ابن عمر: سبق تخريجه.

ومن طريق القياس: ما ذكره الشافعي في القديم: أنه عقد فيه تمويه. ومعناه: أنه ملك الزوج بضع بنته بالنكاح، ثم ارتجعه منه بأن جعله ملكاً لبنت الزوج بالصداق، وهذا موجب لفساد النكاح. كما لو قال: زوَّجتك بنتي على أن يكون بضعها ملكاً لفلان، كان النكاح فاسداً بالإجماع. كذلك هذا بالحجاج، وتحريره: أنه جعل المقصود بالعقد لغير المعقود له، فوجب أن يبطل قياساً على ما ذكرنا من قوله زوجتك بنتي على أن يكون بضعها لفلان. ولأن جعل المعقود عليه معقوداً به، فوجب أن يكون باطلاً، كما لو زوج بنته بعبد على أن تكون رقبته صداقها.

ولأن العين الواحدة إذا جعلت عوضاً ومعوضاً، فبطل أن يكون عوضاً، بطل أن يكون معوضاً كالثمن والمثمن في البيع، وهو أن يقول: قد بعتك عبدي بألف على أن يكون ثمناً لبيع داران علي.

فأما الجواب عن استدلالهم بأن الفساد في الصداق، لأنه لو قال: قد زوّجتك بنتي على أن تزوِّجني بنتك، كان النكاح جائزاً، فهو أن الفساد إنما كان في الشغار للاشتراك في البضع، وفي هنا الموضع لا يكون في البضع اشتراك فصح.

ألا تراه لو قال: زوَّجتُك بنتي على أن تزوِّجني بنتك، على أن بضع بنتي صداق لبنتك، بطل نكاح بنته لأنه حصل في بضعها اشتراك، ولم يبطل نكاح الأخرى لأنه لم يحصل في بضعها اشتراك.

وأما استدلاله بأنه لو جعل صداق بنته طلاق زوجته صح فكذلك ها هنا، فالجواب عنه: أنه فساد اختص بالمهر ولم يحصل في البضع شريك، فلذلك صح وليس كذلك في مسألتنا.

وأما استدلاله الآخر فسنذكر من اختلاف أصحابنا ما يكون جواباً. وبالله التوفيق.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو سمَّى لهما أو لأحدِهما صداقاً، فليس بالشِّغار المنهي عنه، والنِّكاحُ ثابتٌ والمهرُ فاسِدٌ، ولكلِّ واحدةٍ مِنهما مهرُ مثلها، ونصفُ مهرٍ إنْ طُلِّقَتْ قبلَ الدُّخُول)[1].

قال الماوردي: وهذا كمال قال. اختلف أصحابنا في صورة هذه المسألة على وجهين:

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٤.

أحدهما: صورتها، أن يقول: قد زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك، على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى ومائة درهم، فيصح النكاحان اعتباراً بالاسم، وإنه لا يسمى مع المهر المذكور شغاراً خالياً، ويكون لكل واحدة منهما مهر مثلها لفساد الصداق.

والوجه الثاني: أن هذه المسألة شغار يفسد فيه النكاحان اعتباراً بالمعنى، وهو التشريك في البضع. وإن صورة مسألة الشافعي رضي الله عنه التي لم يجعلها شغاراً، أن يقول: زوَّجتك بنتي على صداق مائة، على أن تزوجني بنتك على صداق مائة، فالنكاحان جائزان، لأنه لم يشرك في البضع، ولا جعل المعقود عليه معقوداً به، ويبطل الصداقان لأن فساد الشرط راجع إليه، فأسقط فيه ما قابله وهو مجهول، فصار باقيه مجهولاً، والصداق المجهول يبطل ولا يبطل به النكاح، بخلاف البيع الذي يبطل ببطلان الثمن.

فلو قال: زوَّجتك بنتي بصداق ألفٍ على أن تزوِّجني بنتك بصداق ألف، على أن بضع كل واحدة منهما مهر الأخرى، صحّ النكاحان على الوجه الأول، ولم يكن شغاراً لما تضمنه من تسمية الصداق، وبطل النكاحان على الوجه الثاني، وكان شغاراً لما فيه من التشريك في البضع.

ولو قال: زوَّجتَك بنتي على أن تزوِّجني بنتك، صح النكاحان على الوجهين معاً، وكان لكل واحدة منهما مهر مثلها، لما ذكرنا من أنه شرط يعود فساده إلى المهر المستحق.

ولو قال: زوَّجتك بنتي على أن تزوجني بنتك، على أن بضع بنتي صداق بنتك، بطل نكاح بنته لأنه جعل بضعها مشتركاً، وصح نكاحه على بنت صاحبه لأنه لم يجعل بضعها مشتركاً.

ولو قال: على أن صداق بنتي بضع بنتك، صح نكاح بنته وبطل نكاحه لبنت صاحبه، لأن الاشتراك في بضعها لا في بضع بنته، فتأمّلْهُ تجدْهُ مستمر التعليل وبالله التوفيق.

فصل: وإذا قال الرجل: إن جئتني بكذا وكذا إلى أجل يسمّيه فقد زوَّجتك بنتي، فجاءه به في أجله، لم يصح. وأجازه مالك مع الكراهة إذا شهد على نفسه بذلك، استدلالاً بقوله تعالى: ﴿أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾[1].

وهذا خطأ، لقول النبي ﷺ: «مَنْ أدخلَ في دينِنا ما ليسَ منْهُ فهو ردٌّ»[2] ولأنه نكاح

---

(١) سورة المائدة، الآية: ١.

(٢) سبق تخريجه.

مسلم علق بمجيء صفة، فوجب أن لا يصح كقوله: «زوّجتكها» إذا جاء المطر. ولأن عقود المعاوضات لا تعلق بمجيء الصفات. فأما قوله تعالى: ﴿أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾[1] فليس هذا عقد فيلزم الوفاء به والله أعلم.

(١) سورة المائدة، الآية: ١.

باب نكاح المُتعة، والمحلل(١)

قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (أخبرنا مالكٌ، عن ابن شهاب، عن عبد الله، والحسن ابني محمد بن علي، عن أبيهما، عن علي: أن النبيّ ﷺ نهى عام خَيْبَر عن نِكَاح المُتعةِ وعن لُحُوم الحُمر الأهلية)(٢).

قال الماوردي: وهذا كما قال، نكاح المتعة حرام، وهو أن يقول للمرأة: أمتعيني بنفسك شهراً، أو موسم الحاج، أو ما أقمتُ في البلد، أو يذكر ذلك بلفظ النكاح أو التزويج لها أو لوليها بعد أن يقدره بمدة: إمّا معلومة، أو مجهولة، فهو نكاح المتعة الحرام، وهو قول العلماء من الصحابة والتابعين والفقهاء.

وحكي عن ابن عباس، وابن أبي مليكة، وابن جريج، والامامية جوازه، استدلالاً بقوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾(٣) فكان على عمومه في المتعة المقدرة، والنكاح المؤبد. وقال تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾(٤) فذكر إباحتها نصاً، وهي في قراءة ابن مسعود (فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ)(٥) وهذا أبلغ في النص. وروى سلمة بن الأكوع أن منادي رسول الله ﷺ خرج

---

(١) في مختصر المزني: «نكاح المتعة والمحلل من الجامع، من كتاب النكاح والطلاق ومن الإملاء على مسائل مالك، ومن اختلاف الحديث».

(٢) حديث علي: أخرجه مالك في الموطأ: ٢/٥٤٢، والبخاري في المغازي (٤٢١٦)، والذبائح (٥٥٢٣)، والنكاح (٥١١٥)، ومسلم في النكاح (١٤٠٧) (٢٩)، والنسائي: ٦/١٢٦ و٧/٢٠٣، والترمذي (١٧٩٤)، وابن ماجة (١٩٦١)، والبيهقي: ٧/٢٠١.

ومن طريق سفيان أخرجه مسلم (١٤٠٧) (٣٠) والنسائي: ٧/٢٠٢ والترمذي (١١٢١)، والدارمي: ٢/١٤٠ وأحمد: ١/٧٩، والبيهقي: ٧/٢٠١-٢٠٢.

(٣) سورة النساء، الآية: ٣.

(٤) سورة النساء، الآية: ٢٤.

(٥) سورة النساء، الآية: ٢٤. وراجع: الدر المنثور للسيوطي: ٢/٤٨٤، وتفسير الطبري: ٥/٩.

يقول: إن الله قد أذِنَ لكُم فاستَمْتِعُوا[١] وهذا نص.

وروي عن عمر بن الخطاب أنه قال: «متعتَانِ كانَتا على عهدِ رسول الله ﷺ أنا أحرِّمُهُما وأنهى عنهما بأن أُعاقِبَ عليهما: مُتعةُ النِّساء ومتعةُ الحجّ»[٢]... فأخبرنا بإباحتهما على عهد الرسول ﷺ، وما ثبت إباحته بالشرع لم يكن له تحريمه بالاجتهاد.

قالوا: لأنه عقد على منفعة فصح تقديره بمدة كالإجارة. ولأنه قد ثبت إباحتها بالإجماع، فلم ينتقل عنه إلى التحريم إلا باجماع.

ودليلنا: قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ هُم لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُوْنَ إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُوْمِيْنَ﴾[٣] وليست هذه زوجة ولا ملك يمين، فوجب أن يكون فيها ملوماً. ثم قال: ﴿فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُوْنَ﴾[٤] فوجب أن يكون عادياً.

ويدل عليه من السنة مع الحديث الذي رواه الشافعي في صدر الباب، ما رواه أبو ضمرة، عن عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز، عن الرَّبيع بن سَبْرة، عن أبيه، قالَ: قَدِمْتُ مكة مع رسول الله ﷺ في حجَّة الوداع فقال: «استمتِعُوا من هؤلاء النساءِ»، والاستمتاعُ يومئذٍ عندنا النِّكاحُ، فكلَّم النساءُ من كلَّمَهُنَّ، فَقُلْن: لا ننكحُ إلا بينَنَا وبينكُمْ أجل، فذكرْنا ذلك لرسول الله ﷺ فقال: «اضرِبُوا بينكم وبينهنَّ أجلاً»، فخرجْتُ أنا وابنُ عم لي عليه بُرْدٌ وعلي بُرْدٌ وبردُه أجودُ من بردي وأنا أشبُّ منه، فأعجَبَها شبابي، وأعجبَها بُردُه فقال: برد

---

(١) حديث جابر وسلمة بن الأكوع قالا: كنّا في جيش فأتانا رسولُ رسولِ الله ﷺ فقال: إنه قد أُذِن لكم أن تستمتعوا، فاسمتعوا، ومسلم في النكاح (١٤٠٥) (١٣)، والبيهقي: ٧/ ٢٠٤.

وعند ابن حبان (٤١٥١) عن سلمة قال: رخّص لنا رسول الله ﷺ عام أوطاس في المتعة ثلاثاً، ثم نهانها عنها.

(٢) الأثر عن عمر: أخرجه سعيد بن منصور (٨٥٢) و(٨٥٣) و(٨٥٤) وحديث جابر عند مسلم (١٢١٧) (١٤٥): تمتّعنا مع رسول الله ﷺ فلما قام عمر قال: «وأبتُّوا نكاح هذه النساء، فلن أوتي برجلٍ نكح إمرأة إلى أجل إلا رجمتُه بالحجارة». وعند البيهقي: ٧/ ٢٠٦: «تمتعنا مع رسول الله ﷺ ومع أبي بكر، فلما ولي عمر خطب بالناس فقال: وإنما متعتان كانتا على عهد رسول الله ﷺ وأنا أنهى عنهما وأعاقب عليهما، إحداهما متعة النساء...» وأحمد: ١/ ٥٢ وفيه: م«تعة الحج والأخرى متعة النساء». والدر المنثور للسيوطي: ٢/ ٤٨٧.

(٣) سورة المؤمنون، الآيتان: ٥ ـ ٦.

(٤) سورة المؤمنون، الآية: ٧.

كبر وكان الأجلُ بيني وبينها عشراً، فبتُّ عندها تلك الليلة، ثم غدوتُ فإذا رسولُ الله ﷺ بين المقامِ والرُّكنِ يخطبُ الناسَ فقال: «أيُّها الناسُ كنتُ قد أذِنْتُ لكم من هؤلاء النساء وأنّ الله قد حرَّم ذلك، وهو حرام، إلى يوم القيامةِ، فمَنْ كان عنده منهنّ شيء فليخلِّ سبيلها ولا تأخُذُوا مما آتيتموهُنّ شيئاً»[1].

وروى ابن لهيعة، عن موسى بن أيوب، عن إياس بن عامر، عن علي بن أبي طالب قال: نَهَى رسولُ الله ﷺ عن المتعةِ، وقال: إنما كانَتْ لمَنْ لم يجِدْ فلما نزلَ النّكاحُ والطلاقُ والعدّةُ والميراثُ بين الزوج والمرأة نُسِخَتْ[2]. وروى عمر بن الخطاب: أن رسول الله ﷺ أباحَ المتعةَ ثلاثاً، ثم حرَّمها[3]. وروى نافع، عن ابن عمر، قال: «نهى رسول الله ﷺ عن لُحُوم الحُمر الأهلية، وعن مُتعةِ النّسَاء وما كنّا مسافِحِين»[4].

وروى عِكرمة بن عمار، عن سعيد، عن أبي هريرة قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ في غزوة تَبُوك فنزلنا عند ثَنِيَّةِ الوداع، فرأى رسولُ الله ﷺ مصابيحَ ونساءَ يبكِيْنَ فقال رسول الله ﷺ: «حرَّمَ المُتْعَةَ النّكاحُ والطّلاقُ والعِدّةُ والميراث»[5].

(١) حديث الربيع بن سبرة: رواه المزني: ص: ١٧٥، والشافعي في الأم: ٥/ ٧٩، أخرجه ابن حبان (٤١٤٧)، وسعيد بن منصور (٨٤٧) والحميدي (٨٤٧) وأحمد: ٢/ ٤٠٤ ـ ٤٠٥ و٣/ ٤٠٤ ـ ٤٤٠٥، والدارمي: ٢/ ١٤٠، وأبو داود (٢٠٧٢) و(٢٠٧٣) وابن الجارود (٦٩٨) (٦٩٩) وأبو يعلى (٣٣٩) والبيهقي: ٧/ ٢٠٣ ـ ٢٠٤ ثم أخرجه مسلم بألفاظ فيها زيادة ونقص (١٤٠٦) (٢١) و(٢٤) و(٢٥) و(٢٦) و(٢٧) وابن ماجة (١٩٦٢)، والطحاوي: ٣/ ٢٥.

(٢) حديث علي: أخرجه البيهقي: ٧/ ٢٠٧، والدارقطني: ٣/ ٢٥٩ ـ ٢٦٠ وفي التعليق المغني: ٣/ ٢٥٩، رواه الحازمي من طريق المصنف، وقال: غريب من هذا الوجه. وضعفه ابن القطان في كتابه ـ كذا في الزيلعي. . .

(٣) حديث عمر: أخرجه ابن ماجة في النكاح (١٩٦٣) من طريق أبي بكر بن حفص، عن ابن عمر قال: لمّا ولي عمر بن الخطاب، خطب الناس فقال: إنّ رسول الله ﷺ أذِن لنا في المتعة ثلاثاً ثم حرّمها، والله لا أعلمُ أحداً يتمتعُ وهو محصَن إلا رجمتُه بالحجارة. . والبيهقي: ٧/ ٢٠٦.
زأبو بكر بن حفص: إسماعيل الإبلي، ذكره ابن حبان في الثقات، وقال ابن أبي حاتم: وكان أبوه يكذب، وقال الهيثمي: لا بأس به، ووثقه أحمد، وابن معين، والعجلي وغيرهم. وأخرج له الحاكم وابن خزيمة.

(٤) حديث ابن عمر: أخرجه البيهقي: ٧/ ٢٠٢ من طريق سالم، عن ابن عمر وقال الهيثمي: ٤/ ٢٦٥: عن سالم عن ابن عمر بلفظ: نهانا عنها رسول الله ﷺ وما كنا مسافحين.

(٥) حديث أبي هريرة: أخرجه ابن حبان (٤١٤٩). وفيه مؤمل بن إسماعيل ضعّفه البخاري، ووثقه ابن حبان وابن معين، كما في تلخيص الحبير: ٣/ ١٥٤، والبيهقي: ٧/ ٢٠٧.

وحكي أن يحيى بن أكثم؛ دخل على المأمون. فقال: يا أميرَ المؤمنينَ أحلَلْتَ المُتعةَ وقد حرَّمَها رسولُ الله ﷺ فقال المأمون: يا يحيى، إنّ بتحريم المتعة حديثاً رواه الربيع بن سبرة، أعرابي يبول على عقبيه ولا أقول به، فقال يحيى بن أكثم: يا أمير المؤمنين ها هنا حديث آخر فقال: هاته فقال يحيى: حدثنا القعنبي. فقال المأمون: لا بأس به، عن من؟ قال يحيى: عن مالك، فقال المأمون: كان أبي يبجله، هيه، فقال يحيى: عن الزهري، فقال المأمون: كان ثقة في حديثه، ولكن كان يعمل لبني أمية هيه، فقال يحيى: عن عبد الله، والحسن، ابني محمد بن علي بن الحنفية، قال: ففكر ساعة ثم قال المأمون: كان أحدهُما يقول بالوعيد، والآخر بالارجاء هيه، قال يحيى: عن أبيهما محمد بن علي قال: هيه، قال يحيى: عن علي بن أبي طالب، قال: هيه، قال يحيى: أن النبيّ ﷺ نهى عام خيبرَ عن المتعة وعن أكل لحوم الحمر الأهلية فقال المأمون: يا غلامُ اركبْ فنادِ إنّ المُتعةَ حرام[١].

فإن قيل: فهذه الأحاديث مضطربة يخالف بعضها بعضاً، لأنه روي في بعضها أنه حرمها عام خيبر، وروي في بعضها أنه حرمها عام الفتح بمكة، وروي في بعضها أنه حرمها في غزوة تبوك، وروي في بعضها أنه حرمها في حجة الوداع، وبين كل وقت ووقت زمان ممتد. فعنه جوابان:

أحدهما: أنه تحريم كرره في مواضع ليكون أظهر وأشهر حتى يعلمه من لم يكن قد علمه، لأنه قد يحضر في بعض الموضع من لم يحضر معه غيره، فكان ذلك أبلغ في التحريم وأوكد.

والجواب الثاني: أنها كانت حلالاً فحرمت عام خيبر، ثم أباحها بعد ذلك لمصلحة علمها، ثم حرمها في حجة الوداع، وكذلك قال فيها: «وهي حرامٌ إلى يوم القيامة» تنبيهاً على أن ما كان من التحريم المتقدم مؤقت يعقبه إباحة، وهذا التحريم لا يعقبه إباحة. ولأنه إجماع الصحابة، روي ذلك عن: أبي بكر، وعمر، وعلي، وابن مسعود، وابن الزبير، وأبي هريرة وقال ابن عمر: لا أعلمه إلا السفاح نفسه[٢]. وقال ابن الزبير: المتعة هي الزنى

---

(١) حديث علي سبق تخريجه. والمأمون: عبد الله بن الرشيد هارون بن المهدي (ت ٢١٨)هـ. من كبار خلفاء بني أمية. والقعنبي: عبد الله بن مسلمة (ت ٢١١)هـ. أحد أئمة الحديث والفقه، قرأ على مالك الموطأ. والقصة كما ساقها الماوردي لم أقف عليها في كتب السنن والآثار.

(٢) الأثر عن ابن عمر: أخرجه عبد الرزاق (١٤٠٣٥) و(١٤٠٤٢) وابن أبي شيبة: ٣/ ٣٩٠.

الصريح[١].

فإن قيل: قد خالفهم ابن عباس، ومع خلافه لا ينعقد الإجماع. قيل: قد رجع ابن عباس عن إباحتها، وأظهر تحريمها. وناظره عبد الله بن الزبير، مناظرة مشهورة[٢]. وقال له عروة بن الزبير: أهلكْتَ نفسَك، قال: وما هو يا عروة؟ فقال: تفتي بإباحةِ المتعة وكانَ أبو بكر وعمر ينهيان عنها، فقال: أعجبُ منكَ، أُخبِرُ عن رسول الله ﷺ وتخبِرُني عن أبي بكر وعمر؟ فقال له عروة: إنهما أعلمُ بالسُّنةِ منك، فسكت.

وروى المنهال بن عمرو، عن سعيد بن جبير، أن رجلاً أتى ابن عباس فقال: هل لك فيما صنعت بنفسك في المتعة حتى سارت بها الركاب، وقال فيه الشاعر:

أقـول للشيـخ لمـا طـال مجلسـه ... يا صاح هل لك في فتيا ابن عباس

يا صاح هل لك في بيضاء بهكنة ... تكون مثواك حتى مصدر الناس

فقال ابن عباس ما إلى هذا ذهبت، وقدم يوم عرفة فقال: أيها الناس إنها واللّهِ لا تحلُّ لكم إلا كما تحلُّ لكم الميتةُ والدَّمُ ولحمُ الخنزير ، يعني: إذا اضطررتم إليها، ثم رجع عنها، فصار الإجماع برجوعه منعقداً، والخلاف به مرتفعاً، وانعقاد الإجماع بعد ظهور الخلاف أوكد، لأنه يدل على حجة قاطعه، ودليل قاهر.

ومن القياس: أن كل عقد جاز مطلقاً بطل مؤقتاً، كالبيع طرداً، والإجارة عكساً. ولأن للنكاح أحكاماً تتعلق بصحتها وينتفي عن فاسدها وهي: الطلاق ، والظهار، والعدة، والميراث، فلما انتفت عن المتعة هذه الأحكام، دل على فساده كسائر المناكح الفاسدة.

فأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾[١] فهو إن المتعة غير داخلة في النكاح، لأن اسم النكاح ينطلق على ما اختص بالدوام ولذلك قيل: استنكحه

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور (٨٥٥)، وابن أبي شيبة: ٣/ ٣٩٠.

(٢) أخرج مسلم في النكاح (١٤٠٦) (٢٧) عن عروة بن الزبير: «أن عبد الله بن الزبير قام بمكة فقال: إنَّ ناساً أعمى اللّهُ قلوبهم كما أعمى أبصارهم يفتون بالمُتعة، يعرّضُ برجلٍ، فناداه فقال: إنّك لجِلْفٌ جافٍ، فلعمري لقد كانت المتعة تفعلُ على عهدِ إمام المتّقين. فقال له ابن الزبير: فجرِّبْ بنفسك، فوالله لئن فعلتها لأرجمنّك بأحجارك». والبيهقي: ٧/ ٢٠٩.

(٣) أخرجه البيهقي: ٧/ ٢٠٥ وفي إسناده: الحسن بن عمارة متروك.

(٤) سورة النساء، الآية: ٣.

المذي، لمن دام به، فلم تدخل فيه المتعة المؤقتة، ولو جاز أن يكون عاماً لخص بما ذكرنا.

وأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[١] فمن وجهين:

أحدهما: أن علياً، وابن مسعود، رويا: أنها نسخت بالطلاق والعدة والميراث[٢].

والثاني: أنها محمولة على الاستمتاع بهن في النكاح، وقول ابن مسعود: إلى أجل مسمى يعني به: المهر، دون العقد[٣].

وأما حديث سلمة بن الأكوع، فالإباحة فيه منسوخة بما رويناه من التحريم الوارد بعده. وأما تفرد عمر بالنهي عنها، فما تفرد به وقد وافقه عليه أكابر الصحابة، وإنما كان إماماً فاختص بالإعلان والتأديب، ولم يكن بالذي يقدم على تحريم بغير دليل، ولكانوا لو أقدموا يمسكون عنه. ألا تراه يقول على المنبر: «لا تُغَالوا في صَدقات النّساءِ» فلو كانت مكرمة لكانَ رسولُ الله ﷺ أولاكُم بها فقالت امرأة: أعطانا اللّهُ ويمنعُنا ابنُ الخَطابِ، فقال عمر: وأين أعطاكُم؟ فقالت: بقوله: ﴿وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً﴾ فقال عمر: أكلّ أفقهُ من عمر حتى امرأة[٤].

وروي أن عمر قال يوماً على المنبر: أيُّها النّاسُ استَمِعُوا فقال سلمان: لا نسمع، فقال عمر: ولم ذاك؟ فقال سلمان: لأن الثياب لما قدمت من العراق وفرّقتها علينا ثوباً وأخذتَ ثوبَيْنِ هما عليك فقال عمر: أمّا هذا فثوبي، وأمّا الآخرُ فاستعرتُه من إبني، ثم دعا ابنه عبد الله وقال: أينَ ثوبُكَ؟ فقال: هو عليك، فقال سلمان: قُلِ الآن ما شِئْتَ يا أمير المؤمنين[٥] فكيف يجوز مع اعتراضهم عليه في مثل هذه الأمور أن يمسكوا عنه في تحريم ما قد أحله رسول الله ﷺ فلا ينكرونه، لولا اعترافهم بصحته ووفاقهم على تحريمه؟.

---

(١) سورة النساء، الآية: ٢٤.

(٢) الأثر عن ابن مسعود: أخرجه عبد الرزاق (١٤٠٤٤) والبيهقي: ٧/ ٢٠٧، وعن علي عند عبد الرزاق (١٤٠٤٦)، والبيهقي: ٧/ ٢٠٧.

(٣) وقال النووي في شرح مسلم: ٩/ ١٧٩: «وقراءة ابن مسعود شاذة لا يحتج بها قرآناً ولا يلزم العمل بها». وراجع تفسير ابن كثير: ٥/ ١٠ ـ ١١.

(٤) الأثر عن عمر: أخرجه البيهقي: ٧ ـ ٢٣٢ من طريق الشعبي، عن عمر. وقال البيهقي: وهذا منقطع.

(٥) الأثر عن عمر: لم أقف عليه في كتب السنن والآثار.

فإن قيل: فقد روي عن جابر بن عبد الله وسلمة بن الأكوع أنهما قالا: سمِعْنا رسول الله ﷺ يحلُّ المتعَة، وسمعنا عمر ينهى عنها فتبِعْنَا عمر[١]. قيل: معناه تبعنا عمر فيما رواه من التحريم، لأنه روى لهم أن رسول الله ﷺ أباح المتعة ثلاثاً ثم حرمها[٢]، فكيف يجوز لولا ما ذكرنا أن يضاف إلى جابر وسلمة إنهما خالفا رسول الله ﷺ وتبعا عمر، ولو تبعاه لما تبعه غيرهما من الصحابة.

وأما قياسهم على الإجازة فالمعنى فيها: أنها لا تصح مؤبدة فصحت مؤقتة، والنكاح لما صحّ مؤبداً لم يصح مؤقتاً.

وأما الجواب عن استدلالهم بأنه قد ثبت إباحتها بالإجماع فلم يعدل إلى تحريمها إلا بإجماع، فمن وجهين:

أحدهما: أن ما ثبت به إباحتها هو الذي ثبت به تحريمها، فإن كان دليلاً في الإباحة، وجب أن يكون دليلاً في التحريم.

والثاني: أن الإباحة الثابتة بالإجماع هي إباحة مؤقتة يعقبها فسخ، وهم يدعون إباحة مؤبدة لم يعقبها فسخ، فلم يكن فيما قالوه إجماع.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من تحريم المتعة فلا حد فيها لمكان الشبهة ويعزران أدباً إن علما بالتحريم، ولها مهر مثلها بالإصابة دون المسمى، وعليها العدة. وإن جاءت بولد لحق بالواطىء، لأنها صارت بإصابة الشبهة فراشاً، ويفرق بينهما بغير طلاق، لأنه ليس بينهما نكاح يلزم، ويثبت بهذه الإصابة تحريم المصاهرة وبالله التوفيق.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ونِكاحُ المُحَلّل، باطِل)[٣].

قال الماوردي: وصورته في امرأة طلقها زوجها ثلاثاً حرمت بهن عليه إلا بعد زوج، فنكحت بعده زوجاً ليحلها للأول، فيرجع إلى نكاحها، فهذا ثلاثة أقسام:

---

(١) حديث جابر وسلمة: سبق تخريجه، وهو بغير هذا اللفظ عند مسلم.

(٢) تقدّم حديث سلمة: «رخّص لنا رسول الله ﷺ عام أوطاس في المتعة ثلاثاً ثم نهانا عنها». عند مسلم (١٤٠٤)، والبيهقي: ٧/ ٢٠٤، وابن حبان (٤١٥١)، ثم في حديث سبرة الجهني.

(٣) هذه المسألة، لم يتناولها المزني في مختصره، وإنما تناولها الشافعي في الأم باب نكاح المحلل ونكاح المتعة: ٥/ ٧٩ فقال: ونكاح المحلل الذي يروى أن رسوله لله ﷺ لعنه عندنا ـ والله تعالى أعلم ـ، ضرب من نكاح المتعة. لأنه غير مطلق: إذا شرط أن ينكحها حتى تكون الإصابة، فقد يستأخر ذلك أو يتقدّم. وأصل ذلك: أنه عقد عليها النكاح إلى أن يصيبها، فإذا أصابها فلا نكاح له عليها..

أحدها: أن يشترطا في عقد النكاح أن يتزوجها على أنه إذا أحلها بإصابة للزوج الأول فلا نكاح بينهما، فهذا نكاح باطل. وقال أبو حنيفة: النكاح صحيح، والشرط باطل، والدليل على بطلانه ما رواه الحارث الأعور، عن علي ورواه عكرمة، عن ابن عباس، ورواه أبو هريرة، كلهم يروونه عن النبي ﷺ أنه قال: «**لَعَنَ اللَّهُ المُحَلِّلَ والمُحَلَّل له**»[(١)].

وروى عقبة بن عامر عن النبي ﷺ أنه قال: «**ألا أخبِرُكُمْ بالتَّيْسِ المُسْتَعَارِ؟**» قالوا: بلى يا رسول الله قال: «**هو المُحَلِّل والمُحَلَّل له**»[(٢)].

ولأنه نكاح على شرط إلى مدة، فكان أغلظ فساداً من نكاح المتعة من وجهين:

أحدهما: جهالة مدته.

والثاني: أن الإصابة فيه مشروطة لغيره، فكان بالفساد أخص.

ولأنه نكاح شرط فيه انقطاعه قبل غايته، فوجب أن يكون باطلاً، أصله إذا تزوجها شهراً أو حتى يطأ أو يسافر.

---

(١) أخرجه الترمذي في النكاح (١١١٩)، عن الشعبي، عن جابر. وعن الحارث عن علي وفي الباب عن ابن مسعود، وأبي هريرة، وعقبة بن عامر، وابن عباس.

قال الترمذي: حديث علي وجابر حديث معلول. روى أشعث عن عبد الرحن، عن مجالد، عن عامر الشعبي، عن الحارث عن علي، وعامر عن جابر مرفوعاً. وهذا حديث ليس إسناده بالقائم. فمجالد ضعّفه بعض أهل العلم منهم: ابن حنبل. وروى عبد الله بن نمير هذا الحديث عن مجالد، عن عامر، عن جابر، عن علي، ووهم فيه ابن نمير. والحديث الأول أصح.

وأخرج الترمذي (١١٢٠) حديث ابن مسعود وقال: حديث حسن صحيح. وأخرج أبو داود في النكاح حديث علي (٢٠٧٦) وفي (٢٠٧٧) عن الشعبي، عن الحارث الأعور عن علي. وأخرج ابن ماجة حديث علي (١٩٣٥)، وحديث ابن عباس (١٩٣٤) وفي إسناده: زمعة بن صالح وهو ضعيف.

وأخرج النسائي حديث ابن مسعود في الطلاق: ٦/ ١٤٧، وأحمد: ١/ ٤٤٨، والبيهقي: ٧/ ٢٠٨. وأخرج عبد الرزاق حديث علي (١٠٧٩١) و(١٠٧٩٢)، وحديث ابن مسعود (١٠٧٩٣).

قال ابن حجر في التلخيص الحبير: ٣/ ١٧٠، وقد صحح ابن السكن حديث علي. وثم ضعّف حديث ابن عباس، وكذلك الشوكاني في نيل الأوطار: ٦/ ١٤٨، وأخرج البيهقي: ٧/ ٢٠٨ حديث أبي هريرة، وأحمد: ٢/ ٣٢٣ وحسنه ابن حجر في التلخيص الحبير: ٣/ ١٧٠.

(٢) حديث عقبة بن عامر: أخرجه ابن ماجة (١٩٣٦) من طريق الليث بن سعد، عن أبي مصعب مشرح بن هاعان، عن عقبة. وفي إسناده: مشرح بن هاعان ذكره ابن حبان في الثقات وقال: يخطىء وقال: يروي عن عقبة مناكير لا يتابع عليها، وقال ابن معين والذهبي: ثقة. وأخرجه البيهقي: ٧/ ٢٠٨ والدارقطني: ٢/ ٣٥١ وصححه الحاكم: ٢/ ١٩٨ ـ ١٩٩ ووافقه الذهبي.

والقسم الثاني: أن يتزوجها ويشترط في العقد أنه إذا أحلها للزوج الأول طلقها، ففي النكاح قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم، والإملاء: أن النكاح صحيح لأنه لو تزوجها على أن لا يطلقها، كان النكاح جائزاً، وله أن يطلقها كذلك إذا تزوجها على أن يطلقها، وجب أن يصح النكاح ولا يلزمه أن يطلقها.

والقول الثاني: نص عليه في الجديد من الأم، وهو الأصح: أن النكاح باطل لأنه باشتراط الطلاق مؤقت، والنكاح ما تأبد ولم يتوقت وبهذا المعنى فرقنا بين: أن يشترط فيه أن لا يطلقها فيصح، لأنه مؤبد. وإذا اشترط أن يطلقها لم يصح، لأنه مؤقت.

والقسم الثالث: أن يشترط ذلك عليه قبل العقد ويتزوجها مطلقاً من غير شرط، لكنه ينويه ويعتقد، فالنكاح صحيح لخلو عقده من شرط يفسده، وهو مكروه لأنه نوى فيه ما لو أظهره أفسده، ولا يفسد بالنية قد ينوي ما لا يفعل ويفعل ما لا ينوي، وأبطله مالك وقال: هو نكاح محلل.

وحكي أبو إسحاق المروزي، عن أبي حنيفة: إنه استحبه، لأنه قد يسر الأول بإحلالها له.

وكلا المذهبين خطأ، بل هو صحيح بخلاف قول مالك، ومكروه بخلاف استحباب أبي حنيفة، لما رواه الشافعي عن سعيد بن سالم، عن ابن جريج، عن ابن سيرين، أن امرأة طلقَها زوجُها ثلاثاً وكان يقعدُ على باب المسجد أعرابي مسكين، فجاءته امرأة فقالت له: هل لكَ في امرأةٍ تنكحهُا وتبيتُ معها الليلة، فإذا أصبحْتَ فارقْتَهَا؟ فقال: نعم، ومضى فتزوجها، وبات ليلة فقالت له: سيقولونَ لك إذا أصبحت فارقها، فلا تفعلْ فإني مقيمةٌ لك ما ترى، واذهب إلى عمر، فلما أصبحَ أتَوها وأَتَوهُ فقالت لهم: كلِّمُوه فأنتُم أتيتُم به، فقالوا له: فارِقْها فقال: لا أفعلُ ومضى إلى عمر فأخبرَهُ فقال له: إلزَمْ زوجتَكَ فإنْ رابُوك، بريبةٍ، فأتنيْ. وبعثَ عمرُ إلى المرأة التي سفرت بينهما، فنكلَ بها، وكان الأعرابي يغدُو، ويروح إلى عمر في حلَّةٍ فيقول له عمر: الحمد لله الذي كساك يا ذا الرُّقعتينِ حلَّة تَغدو فيها وتروح[1]. فقد أمضى عمر النكاح فبطل به قول مالك في فساده، وَنَكَّلَ عمر بالمرأة التي سفرت فيه، فدل على كراهته وفساد ما حكي عن أبي حنيفة من استحبابه.

---

(١) أخرجه الشافعي في الأم ـ باب نكاح المحلل ونكاح المتعة: ٥/٧٩ ـ ٨٠، والبيهقي: ٧/٢٠٩ =

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من أقسام أحكام نكاح المحلل، فإن قلنا بصحته تعلق به أحكام النكاح الصحيح من ثبوت الحضانة ووجوب النفقة، وأن يكون مخيراً بين المقام أو الطلاق، فإن طلق بعد الإصابة التامة فقد أحلها للزوج الأول، فأما المهر، فإن لم يتضمن العقد شرطاً يؤثر فيه فالمسمى هو المستحق، وإن تضمن شرطاً يؤثر فيه كان المستحق مهر المثل دون المسمى. وإن قلنا بفساد العقد وأنه باطل، فلا حد عليه فيه لأجل الشبهة، لكن يعزر لإقدامه على منهي عنه، ولا يثبت بالإصابة فيه حضانة، ولا يستحق فيه نفقة، ويجب فيه بالإصابة مهر المثل. وهل يحلها للزوج الأول إذا ذاقت عسيلته وذاق عسيلتها، أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وهو قوله في القديم: أنه يحلها للأول. واختلف أصحابنا في تعليله، فقال بعضهم: ذوق العسيلة في شبهة النكاح يجري عليه حكم الصحيح من النكاح. وقال آخرون: اختصاصه باسم المحلل موجب لاختصاصه بحكم التحليل.

فعلى التعليل الأول: تحل بالإصابة في كل نكاح فاسد من شغار، ومتعة، وبغير ولي ولا شهود. وعلى التعليل الثاني: لا تحل بغير نكاح المحلل من سائر الأنكحة الفاسدة.

والقول الثاني: في الجديد وهو الصحيح: إنه لا يحلها للزوج الأول. في نكاح المحلل ولا في غيره من الأنكحة الفاسدة حتى يكون نكاحاً صحيحاً لقوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾[1] وهذا ليس بزوج. ولأن كل إصابة لم يتعلق بها إحصان لم يتعلق بها إحلال الزوج، كالإصابة بملك اليمين والله أعلم.

= وعبد الرزاق (١٠٧٨٨).

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٣٢.

باب نِكَاح المُحْرِمِ

قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (أخبرنا مالك، عن نُبَيْه بن وَهْبٍ، عن أبان بن عثمان، عن عثمان بن عفان، أن النبيّ ﷺ قال: لا ينكِحُ المُحْرِمُ المُحْرِمُ ولا يُنْكِحُ إلى آخر الفصل)[١].

قال الماوردي: قد مضى في كتاب الحج: أن نكاح المحرم لا يجوز، ودللنا عليه وذكرنا من خالفنا فيه ونحن الآن نشير إليه.

متى عقد النكاح والزوج أو الزوجة أو الولي محرم فالنكاح باطل. وقال مالك: فاسد، ويفسخ بطلقة. وقال أبو حنيفة: نكاحه جائز، ولا يلزم فسخه. استدلالاً برواية عكرمة، عن ابن عباس، أن النبيّ ﷺ نكحَ ميمونةَ وهو مُحرم[٢]. وبرواية ابن أبي مُليكة، عن عائشة

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٥. وتتمة الفصل: وقال بعض الناس: روينا أن النبي ﷺ نكح ميمونة رضي الله عنها وهو محرم. قلت: رواية عثمان ثابتة، ويزيد بن الأصم ابن أختها، وسليمان بن يسار عتيقها أو ابن عتيقها يقولان: نكحها وهو حلال. وثالث وهو سعيد بن المسيب. وينفرد عليك حديث عثمان الثابت، وقلتُ: أليس أعطيتني أنه إذا اختلفت الرواية عن النبي ﷺ، نظرتُ فيما فعل أصحابه من بعده فأخذت به، وتركت الذي يخالفه؟ قال: بلى، فعمر بن الخطاب وزيد بن ثابت يردان نكاح المحرم. وقال ابن عمر: لا ينكح المحرم ولا ينكح، ولا أعلم لهما مخالفاً، فلم لا قلت به؟ قال الشافعي: فإن كان المحرم حاجاً، فحتى يرمي ويحلق ويطوف بالبيت يوم النحر أو بعده؟ وإن كان معتمراً فحتّى يطوف بالبيت ويسعى ويحلق، فإن نكح قبل ذلك فمفسوخ، والرجعة والشهادة على النكاح ليسا بنكاح.
والحديث أخرجه مالك في الموطأ: ١/ ٣٤٨. ومن طريق مالك أخرجه مسلم في النكاح (١٤٠٩)، وأبو داود (١٨٤١) (١٨٤٢)، والنسائي: ٥/ ١٩٢ وابن ماجة (١٩٦٦)، والترمذي (٨٤٠)، والدارمي: ٢/ ٣٧ ـ ٣٨ والبيهقي: ٥/ ٦٥، والدارقطني: ٣/ ٢٦٠، وأحمد: ١/ ٦٨، والطحاوي: ٢/ ٢٦٨، والبغوي (١٩٨٠).

(٢) حديث ابن عباس: سبق تخريجه وأخرجه البخاري في المغازي (٤٢٥٨) و(٤٢٥٩) والنكاح (٥١١٤)، ومسلم في النكاح (١٤١٠) (٤٦) و(٤٧)، والترمذي (٨٤٤)، والنسائي: ٥/ ١٩١ وابن ماجة (١٩٦٥)، وأبو داود (١٨٤٤) وأحمد: ١/ ٢٢١ و٢٢٨، والطحاوي: ٢/ ٢٦٩، والبيهقي: ٧/ ٢١٠.

أن النبيّ ﷺ تزوَّج وهو مُحْرِم[١]. ولأنه عقد يستباح به البضع، فلم يمنع الإحرام منه كالرجعة، وشراء الإماء.

ودليلنا: رواية عثمان أن النبي ﷺ قال: «لا يَنكِحُ المُحْرِمُ ولا يُنكح». وروى أنس بن مالك أن النبيّ ﷺ قال: «لا يزوِّجُ المُحْرِمَ ولا يتزوَّج»[٢]. وروى مطر، عن الحسن، أن علياً رضي الله عنه قال: من تزوَّج وهو مُحْرِم نزعْنا منه امرأتَه ولم نُجِزْ نِكاحه[٣]. وروى أبو غطفان، عن أبيه، أن عمر رضي الله عنه فرَّق بين مُحرِمين تزوَّجَا[٤].

وروى قدامة بن موسى عن شوذب مولى زيد بن ثابت: أنه تزوّج وهو محرِم، ففرَّق زيدُ بن ثابت بينهما[٥].

فلما روي عنهم التفرقة بين الزوجين ولا يسوغ ذلك في عقد يسوغ فيه الاجتهاد، دل على أن النص فيه ثابت لا يجوز خلافه، ولأنه معنى يثبت به تحريم المصاهرة، فوجب أن يمنع منه الإحرام كالوطء.

فأما الجواب عن حديث ميمونة، فقد روى ميمونُ بن مهران. عن يزيد بن الأصم أنّ رسول الله ﷺ تزوَّجَها وهما حَلَالانِ[٦]. وروى ربيعة عن سليمان بن يسار، عن أبي رافع، أن النبيّ ﷺ تزوج ميمونة حلالاً، وبنى بها حلالاً، وكنتُ السَّفيرَ بينهما[٧].

---

(١) حديث عائشة: أخرجه البيهقي: ٧/ ٢١٢ مرفوعاً وإنما يروى عن ابن أبي مليكة مرسلاً. وأخرجه ابن حبان (٤١٣٢) من طريق مسروق عن عائشة: تزوج رسول الله ﷺ بعض نسائه وهو محرم، واحتجم وهو محرم، وإسناده صحيح، وهو عند الطحاوي: ٢/ ٢٦٩، والبيهقي: ٧/ ٢١٢، وأعلّة البيهقي بالإرسال وقال ابن حجر في فتح الباري: ٩/ ١٦٦، وليس بقادح فيه.

(٢) أخرجه الدارقطني: ٣/ ٢٦١، والطحاوي: ٢/ ٢٧٣. وفي الباب عن أبي هريرة عند الدارقطني: ٣/ ٢٦٣، والطحاوي: ٢/ ٢٧٠، والروايات يعضد بعضها بعضاً.

(٣) الأثر عن علي: أخرجه البيهقي: ٥/ ٦٦.

(٤) الأثر عن عمر: أخرجه مالك في الموطأ: ١/ ٣٤٩ من طريق داود بن الحصين أن أبا غطفان بن طريف أخبره أن أباه تزوج امرأة وهو محرم، فردّ عمر نكاحه، والبيهقي: ٥/ ٦٦، والدارقطني: ٣/ ٢٦٠.

(٥) الأثر عن زيد: أخرجه البيهقي: ٥/ ٦٦.

(٦) حديث يزيد بن الأصم عن ميمونة: أن رسول الله ﷺ تزوجها وهو حلال. أخرجه مسلم في النكاح (١٤١١) وابن ماجة (١٩٦٤) والبيهقي: ٥/ ٦٦، وأبو داود (١٨٤٣)، والدارمي: ٢/ ٣٨ والدارقطني: ٣/ ٢٦٢ والطحاوي: ٢/ ٢٧٠، والترمذي (٨٤٥) وأحمد: ٦/ ٣٣٣، والبيهقي: ٧/ ٢١١، وفي رواية: تزوجها بسرف وهما حلالان.

(٧) حديث أبي رافع: أخرجه الترمذي في الحج (٨٤١) والدارمي: ٢/ ٣٨، والبيهقي: ٥/ ٦٦ و٧/ ٢١١، =

وأما حديث ابن مليكة عن عائشة فضعيف لا أصل له عند أصحاب الحديث[1]، وإن صحَّ، فيجوز أن يكون فعل ذلك في أول الإسلام قبل تحريم نكاح المحرم، على أن أبا الطيب بن سلمة جعل النبيّ ﷺ مخصوصاً بالنكاح في الإحرام.

وأما القياس على شراء الإماء، فليس المقصود منه الاستمتاع لجواز شراء المعتدة وذات المحرم، وكذلك المحرمة، والمقصود من عقد النكاح الاستمتاع، إذ لا يجوز له أن ينكح معتدة، ولا ذات محرم، وكذلك المحرمة.

فأما الرجعة فتحل للمحرم، لأنها سد ثلم في العقد، ورفع تحريم طرأ عليه، وليست عقداً مبتدأ فجازت في الإحرام. ألا ترى أن العبد يراجع بغير إذن سيده وإن لم يجز أن ينكح بغير إذنه اعتباراً بهذا المعنى؟.

فصل: فإذا تقرر أن نكاح المحرم باطل، فمتى كان الزوج محرماً فوكل حلالاً في العقد، كان النكاح باطلاً لأنه نكاح المحرم. ولو كان الزوج حلالاً فوكل محرماً، كان النكاح باطلاً وهكذا لو كانا الولي محرماً فوكل حلالاً، أو كان حلالاً فوكل محرماً، كان النكاح باطلاً.

فأما الحاكم إذا كان محرماً، لم يجز له أن يزوج مسلمة، لأنه ولي في نكاح المسلمة. وهل يجوز له أن يزوج كافرة أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجوز كالمسلمة.

والثاني: يجوز لأنه لا يزوجها بولاية، وإنما يزوجها بحكم، فجرى مجرى سائر أحكامه في إحرامه.

فأما إذا كان الإمام محرماً لم يجز له أن يتزوج ولا يزوج، وهل يجوز لخلفائه من القضاة المحلين أن يزوجوا أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجوز أن يزوجوا كوكلاء المحرم.

والوجه الثاني: يجوز أن يزوجوا لعموم ولايتهم ونفوذ أحكامهم، فخالفوا الوكلاء.

= والطحاوي: ٢/ ٢٧٠، والبغوي: ١٩٨٢، ومالك في الموطأ: ١/ ٣٤٨ عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن، عن سليمان بن يسار مرسلاً، وأحمد: ٦/ ٣٩٢ ـ ٣٩٣، وابن حبان (٤١٣٠).

(١) حديث ابن عباس: سبق تخريجه.

فأما إن كان الخطيب في عقد النكاح محرماً فالنكاح جائز، لأنه قد يجوز له أن يعقد بغير خطبة، ولو كان الشهود محرمين ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي سعيد الاصطخري: أن النكاح باطل، لأن الشهود شرط في العقد كالولي.

والوجه الثاني: وهو مذهب الشافعي: أن النكاح جائز، لأن الشهود غير معينين في النكاح، فلم يعتبر فيهم شروط من يتعين في النكاح.

ألا ترى أن نكاح الكافرة إذا عقدناه لم يصح إلا بولي كافر وشهود مسلمين؟ والله أعلم.

باب الْعَيْبِ فِي الْمَنْكُوحَةِ مِنْ كُتُبٍ[1]

قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (أخبرنا مالكٌ، عن يحيى بن سعيد، عن سعيد بن المسيب، قال: قال عمر بن الخطاب: أيُّما رجلٍ تزوَّجَ امرأةً وبها جنونٌ أو جُذام، أو برصٌ فمسَّها فلها صِداقُها وذلكَ لزوجِها غرمٌ على وطئِها[2]. وقال أبو الشعثاء: أربعٌ لا يجزْنَ في النّكاح إلا أن يسمّى: الجنونُ، والجُذامُ، والبرصُ، والقَرْنُ)[3].

قال الماوردي: اعلم أن النكاح يفسخ بالعيوب، والعيوب التي يفسخ بها النكاح يستحق من الجهتين، فيستحقها الزوج إذا وجدها بالزوجة وهي خمسة عيوب: الجنون، والجذام، والبرص، والقرن، والرتق[4]، وتستحقها الزوجة إذا وجدتها بالزوج وهي خمسة الجنون والجذام، والبرص، والجَب[5]، والعُنَّة[6].

فيشتركان في الجنون والجذام والبرص، وتختص الزوجة بالقرن، والرتق، ويختص

---

(١) في مختصر المزني، ص: ١٧٦: «العيب في المنكوحة من كتاب نكاح الجديد، ومن النكاح القديم، ومن النكاح والطلاق، إملاء على مسائل مالك، وغير ذلك».

(٢) في مختصر المزني، ص: ١٧٦: «وذلك لزوجها غرم على وليها».

(٣) مختصر المزني، ص: ١٧٦. والأثر عن عمر: أخرجه مالك في الموطأ: ٢/٥٢٦، وسعيد بن منصور (٨١٨) و(٨١٩)، والدارقطني: ٣/٢٦٥، والبيهقي: ٧/ ٢١٤، وعبد الرزاق (١٠٦٧٩). وأخرجه الشافعي في الأم باب في العيب بالمنكوحة عن مالك: ٥/ ٨٤. وفي سنده انقطاع أمّا الأثر عن أبي الشعثاء: فأخرجه الشافعي في الأم باب في العيب بالمنكوحة من طريق سفيان بن عينة، عن عمرو بن دينار، عن أبي الشعثاء. والبيهقي: ٧/ ٢١٥، وعبد الرزاق (١٠٦٧٤) و(١٠٦٧٥) وسعيد بن منصور (٨٢٥)، وفيه: «المجنونة، والمجذومة، والبرصاء، والعفلاء». والعفلاء: المرأة التي بها العفل. والعفلة شيء يخرج من قبل النساء كالأدرة للرجال.

وأبو الشعثاء: جابر بن زيد الأزدي (ت ٩٣) هـ. قال ابن عباس: لو نزل أهل البصرة عند قول جابر لأوسعهم علماً. راجع: تهذيب التهذيب: ٢/٣٨.

(٤) الرتق: قطعة من اللحم، أو العظم، تقف في مجرى الجماع، فتكون مانعة للنكاح.

(٥) الجب: بفتح الجيم، هو قطع الذكر أو بعضه دون الحشفة.

(٦) العنة: بضم العين وتشديد النون، العجز عن الوطء لضعف جنسي.

الزوج بالجب والعنة، ولا يسفخ نكاحهما بغير هذه العيوب من عمى أو زمانة، أو قبح، أو عهر[١]، وبه قال من الصحابة: عمر، وابن عباس، وعبد الله بن عمر، ومن التابعين: أبو الشعثاء، وجابر بن زيد، ومن الفقهاء: الأوزاعي، ومالك.

وقال أبو حنيفة: ليس للزوج أن يفسخ النكاح بشيء من العيوب، ولا للمرأة أن تفسخ إلا بالجب والعنة دون الجنون والجذام والبرص، وبأن لا يفسخ النكاح بعيب قال علي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود[٢].

وقال الحسن البصري، وعطاء بن أبي رباح: للزوجة أن تفسخ بهذه العيوب في الزوج، وليس للزوج أن يفسخ بها لأن الطلاق بيده[٣].

واستدل من نصر قول أبي حنيفة بأن المعقود عليه في النكاح هو الاستباحة، وليس في الاستباحة عيب، وإنما العيب في المستبيحة فلم يثبت به خيار لسلامة المعقود عليه. قال: ولأنه عيب في المنكوحة فلم يفسخ نكاحاً، قياساً على ما سوى العيوب الخمسة. قال: ولأن كل عقد لم يفسخ بنقصان الأجزاء، لم يفسخ بتغير الصفات كالهبة طرداً والبيوع عكساً. قال: ولأن عقد النكاح إن جرى مجرى عقود المعاوضات كالبيوع، وجب أن يفسخ بكل عيب، وإن جرى مجرى غيرها من عقود الهبات والصلاة، وجب أن لا يفسخ بعيب. وفي إجماعهم على أنه لا يفسخ بكل العيوب، دليل على أنه لا يفسخ بشيء من العيوب.

ودليلنا: ما رواه عبد الله بن عمر: أن النبيّ ﷺ تزوّجَ امرأةً من بني بياضة فوجدَ بكشحِها بياضاً فردَّها وقال: دلَّستُم عليّ[٤]. ووجه الدليل منه: هو أنه لما ثقل العيب والرد، وجب أن يكون الرد لأجل العيب.

---

(١) العهر: هو الفجور.

(٢) أخرج سعيد بن منصور (٨٢٠)، عن علي قال: أيما رجل تزوج امرأة. فوجدها مجنونة أو مجذومة، أو برصاء، فهي امرأته، إنْ شاء طلّق، وإن شاء أمسك، وفي (٨٢١): أيما امرأة نكحت وبها برص أو جنون أو جذام أو قرن، فزوجها بالخيار ما لم يمسّها، إنْ شاء أمسك، وإنْ شاء طلّق، وإنْ مسّها فلها المهر بما استحلّ من فرجها. وعبد الرزاق (١٠٦٧٧) والبيهقي: ٧/ ٢١٥.

(٣) أخرج سعيد بن منصور (٨٢٧)، عن الحسن يقول: إنْ علم الوليّ فالصداق عليه كما غرّه منها، وإنْ لم يعلم فهي امرأته، إن شاء طلق، وإن شاء أمسك. و(٨٣٣) عن عطاء في رجل تزوج امرأة فلما دخل بها بدا من الرجل عيب برصاً أو جذاماً: لا تنزع منه امرأته.

(٤) سبق تخريجه. وهو عند سعيد بن منصور (٨٢٩) من حديث زيد بن كعب بن عجرة.

فإن قيل: فيحمل إنه طلقها لأجل العيب كالتي قالت حين تزوجها: أعوذُ بالله منكَ فقال: لقد استعذْتِ بعظيمٍ، إلحقي بأهلك[1] فكان ذلك طلاقاً منه لأجل استعاذتها منه.

قيل: لا يصحّ هذا التأويل من وجهين:

أحدهما: لأنه خالف الظاهر، لأن نقل الحكم مع السبب يقتضي تعلقه به كتعلق الحكم بالعلة، والطلاق لا يتعلق بالعيب كتعلق الحكم بالعلة، وإن كان داعياً إليه، فلم يصح حمله عليه. وخالف حال طلاقه للمستعيذة، لأن الاستعاذة ليست عيباً يوجب الرد فعدل به إلى الطلاق.

والثاني: أن الرد صريح في الفسخ وكناية في الطلاق، وحمل اللفظ على ما هو صريح فيه أولى من حمله على ما هو كناية.

وروى أبو جعفر المنصور، عن أبيه، عن جده، عن عبد الله بن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «اجتنِبُوا من النّكاح أربعة: الجنون، والجذام، والبرص، والقرن»[2]. فدل على تخصيصه لهذه الأربعة من عيوب النكاح على اختصاصها بالفسخ.

ومن طريق القياس: هو أنه عيب يمنع غالب المقصود بالعقد أن يثبت به خيار الفسخ كالجب، ولا يدخل عليه الصغر والمرض، لأنهما ليسا بعيب، ولأن العقد الذي يلزم من الجهتين إذا احتمل الفسخ وجب أن يجري في جهتي العقد كالإجارة. ولأنه عيب في مقصود بعقد النكاح، فوجب أن يستحق به الفسخ كالعيب في الصداق، ولأن كل من ملك رد عوض ملك عليه رد المعوض، كالثمن والمثمن في البيع.

فأما الجواب عن الاستدلال بأن المعقود عليه هو الاستباحة وليس فيها عيب، فهو أن هذا فاسد، لأن المعقود عليه هو الاستمتاع المباح، وهذه عيوب فيه، كما أن زمانة العبد المستأجر عيب في منافعه، فاستحق بها الفسخ.

وأما قياسهم على ما سوى الخمسة من سائر العيوب فالمعنى فيه: أن تلك العيوب لا تمنع مقصود العقد، ولا تنفر النفوس منها، وليس كذلك هذه الخمسة لأنها: إما مانعة من المقصود، وإما نفرة للنفوس فافترقا.

---

(١) حديث عائشة: سبق تخريجه، والمرأة هي ابنة الجون الكلابية.

(٢) حديث ابن عباس: أخرجه الدارقطني: ٣/ ٢٦٦. وفي سنده الحسن بن عمارة وهو متروك.

وأما قياسهم على الهبة بعلة إنها لا تفسخ بنقصان الأجزاء، فهذا الوصف غير مسلم، لأنه يستحق بالجب وهو نقصان جزء: ثم المعنى في الهبة أنه لا عوض فيها فيلحقه ضرر بالعيب، والنكاح بخلافه، وعلى أن فسخه بالعنة وهو يعتبر صفة تمنع من إطراد هذا التعليل.

فأما استدلالهم بأنه إمّا أن يفسخ بكل العيوب كالبيوع، أو لا يفسخ بشيء منها كالهبات. فالجواب عنه: إنه بالبيوع أخص، لأنهما عقدا معاوضة: غير أن جميع العيوب تؤثر في نقصان الثمن، فاستحق بجميعها الفسخ، وليس كل العيوب تؤثر في نقصان الاستمتاع، فلم يستحق بجميعها الفسخ.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (والقَرْنُ المانعُ من الجماعِ، لأنها في غير معنى النِّساء)[1].

قال الماوردي: قد مضى الكلام في العيوب التي يفسخ بها عقد النكاح، وأجناسها سبعة: اثنان يختص بهما الرجال وهما: الجب، والعنة. واثنان يختص بهما النساء وهما: الرتق، والقرن. وثلاثة يشترك فيها الرجال والنساء: وهي: الجنون، والجذام، والبرص.

فأما ما يختص به الرجال من العنة فله باب يأتي. وأما الجب فهو قطع الذكر، فإن كان جميعه مقطوعاً فلها الخيار لأنه أدوم ضرراً من العنة التي يرجى زوالها. وإن كان بعض ذكره مقطوعاً، نظر في باقيه: فإن كان لا يقدر على إيلاجه إما لضعفه أو لصغره، فلها الخيار، وإن كان يقدر على إيلاجه ففي خيارها وجهان:

أحدهما: وهو الصحيح إنه لا خيار لها، لأنه يجري مجرى صغر الذكر الذي لا خيار فيه.

والوجه الثاني: لها الخيار، لأنه نقص لا تكمل به الإصابة.

وأما الخصاء وهو قطع الأنثيين مع بقاء الذكر، ففي كونه عيباً يوجب خيارها قولان:

أحدهما: ليس بعيب ولا خيار فيه لقدرته على الإيلاج، وإنه ربما كان أمتع إصابة.

والقول الثاني: إنه عيب ولها الخيار، لأنه نقص يعدم معه النسل. ولو كان خنثى له فرج زائد، أو كانت خنثى لها ذكر زائد، ففي كونه عيباً يوجب الخيار قولان:

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٦.

أحدهما: ليس بعيب لأنه زيادة عضو فأشبه الأصبع الزائدة.

والثاني: إنه عيب لأنه نقص يعاف.

فأما ما تختص به المرأة من القرن، والرتق، فالقرن: هو عظم يعترض الرحم، يمنع من الإصابة، والرتق: لحم يسد مدخل الذكر، فلا يمكن معه الإصابة، وله الخيار فيهما، ولا يمكنها شق القرن ويمكنها شق الرتق، إلا أنها لا تجبر بشقه لأنه جناية عليها. فإن شقته بعد فسخ الزوج، لم يؤثر بعد وقوع الفسخ، وإن شقته قبل فسخه، ففي خيار الزوج وجهان:

أحدهما: له الخيار اعتباراً بالابتداء.

والثاني: لا خيار له اعتباراً بالانتهاء.

فأما الإفضاء وهو: أن ينخرق الحاجز بين مدخل الذكر ومخرج البول فتصير مفضاة، فلا خيار فيه لإمكان الإصابة التامة. فلو كانت عاقراً لا تلد، أو كان الزوج عقيماً لا يولد له، فلا خيار فيه لواحد منهما لأنه مظنون، وربما زال بتنقل الإنسان. فأما العفلاء: ففي العفل ثلاث تأويلات:

أحدها: أنه لحم مستدير ينبت في الرحم بعد ذهاب العذرة، ولا ينبت مع البكارة، وهذا قول ابن عمرو الشيباني.

والتأويل الثاني: أنه ورم يكون في اللحم الذي في مسلكي المرأة، يضيق به فرجها حتى لا ينفذ فيه الذكر.

والتأويل الثالث: إنه مبادىء الرتق، وهو لحم يزيد في الفرج حتى يصير رتقاً يسد به الفرج فلا ينفذ فيه الذكر، فإن كان العفل يكمل معه الاستمتاع التام فلا خيار فيه، وإن لم يكمل معه الاستمتاع لضيق الفرج أو انسداده حتى لا يمكن إيلاج الذكر، ففيه الخيار.

فصل: وأما العيوب التي يشترك فيها الرجل والمرأة وهي ثلاثة:

أحدها: الجنون وهو زوال العقل الذي لا يكون معه تأدية حق، وسواء خيف منه أم لا. وهو ضربان:

مطبق لا يتخلله إفاقة.
وغير مطبق يتخلله إفاقة، فيجن تارة ويفيق أخرى.

وكلاهما سواء، وفيهما الخيار سواء، قلَّ زمان الجنون أو كثر، لأن قليله يمنع من تأدية الحق في زمانه، ولأن قليله يصير كثيراً، وسواء كان ذلك بالزوج أو بالزوجة.

أما الإغماء فهو زوال العقل بمرض، فلا خيار فيه كالمرض، وإنه عارض يرجى زواله، وإنه قد يجوز حدوث مثله بالأنبياء الذين يحدث بهم جنون. فإن زال المرض فلم يزل معه الإغماء، صار حنيئذ جنوناً يثبت فيه الخيار.

وأما البله فهو غلبة السلامة على الصدر، فيكون الأبله سليم الصدر، ضعيف العزم، وقد قال النبيّ ﷺ: «اطلعْتُ في الجنَّةِ فرأيتُ أكثر أهلها بَلهاً»[1] يعني: الذين غلبَتِ السّلاَمةُ على صدورهم. ومنه قول الشاعر:

ولقد صبوت بطفلة ميالة ... بلها تطلعني على أسرارها

فلا خيار في البله، لأن الاستمتاع كامل. كذلك لا خيار في الحمق وقلة الضبط، لكمال الاستمتاع معهما. وإنما يؤثر فيما سواه من تدبير المنزل، وتربية الولد، ولذلك قال النبيّ ﷺ: «لا تسترضِعُوا الحمقَاءَ فإنَّ صحبتها بلاءٌ وولدَها ضياعٌ»[2].

فصل: والثاني: من عيوبهما الجذام، وهو عفن يكون في الأطراف والأنف يسري فيها حتى تسقط، وربما سرى إلى النسل وتعدى إلى الخليط، والنفس تعافه وتنفر منه، فلا يسمح بالمخالطة، ولا يحبب إلى الاستمتاع، وقد روى سعيد، عن أبي هريرة، أن النبيّ ﷺ قال: «فرُّوا من المَجْذُوم فِرَارُكُم من الأسدِ»[3]، وجاء رجل إلى النبيّ ﷺ ليبايعه، فمدَّ يداً جَذْمَاء فلما نظرَ إليها النبيّ ﷺ قبضَ يدَهُ ولم يصافِحْهُ، وقال: «إذْهَبْ فقد بايَعْتُكَ»[4].

ففي الجذام الخيار قليلاً أو كثيراً، لأن قليله يصير كثيراً، وسواء كان في الزوج أو الزوجة.

---

(١) حديث أنس. قال الهيثمي: ٨/ ٧٩: رواه البزار مرفوعاً: «أكثر أهل الجنة البله».

(٢) قال الهيثمي: ٤/ ٢٦٢ أخرجه الطبراني في الأوسط: لا تسترضعوا البلهاء. والبزار في كشف الأستار: ٢/ ١٧٠، عن عائشة مرفوعاً: لا تسترضعوا الحمقاء فإن اللبن يورث، وأخرج البيهقي: ٧/ ٤٦٤ عن زياد السهمي أن النبي ﷺ نهى أن تسترضعوا الحمقاء، فإن اللبن يورث، وهو مرسل.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) الصحيح في هذه المسألة حديث عمرو بن الشّريد عن أبيه عند مسلم في السلام (٢٢٣١) (١٢٦) قال: كان في وفد ثقيف رجل مجذوم، فأرسل إليه النبي ﷺ: «إنا قد بايعناك فارجع». والبيهقي: ٧/ ٢١٨.

فأما الزعر هو من مبادىء الجذام، وربما برىء ولم يصر جذاماً، ويقع في الحاجبين فيتناثر به الشعر، وفي الأنف فيتغير به الجلد، ولا خيار فيه. لأنه ليس بجذام ولا النفوس منه نافرة. فلو اختلفا فيه فادعى الزوج أن بها جذاماً وقالت: بل هو زعر، وقف عليه عدلان من علماء الطب، فإن قالا: هو جذام، ثبت فيه الخيار، وإن قالا: زعر، فلا خيار فيه. وإن أشكل، فالقول قولها مع يمينها أنه زعر، ولا خيار فيه لأن الأصل عدم الخيار، إلا أن يثبت ما يوجبه.

فصل: والثالث: من عيوبهما البرص، وهو حدوث بياض في الجلد يذهب معه دم الجلد وما تحته من اللحم، وفيه عدوى إلى النسل والمخالطين، وتعافه النفوس وتنفر منه، فلا يكمل معه الاستمتاع، ولذلك رد النبيّ ﷺ نكاح امرأة وجد بكشحها بياضاً وفي قليله وكثيره الخيار، ولأن قليله يصير كثيراً وسواء كان بالزوج أو بالزوجة.

فأما البهق فيغير لون الجلد ولا يذهب بدمه، ويزول ولا تنفر منه النفوس، فلا خيار فيه.

فلو اختلفا فقال الزوج: هذا البياض برص، ولي الخيار. وقالت: بل هو بهق فلا خيار، وقف عليه عدلان من علماء الطب، وعمل على قولهما. فإن أشكل كان القول قولها مع يمينها أنه بهق، ولا خيار فيه.

فإن قيل: فكيف جعل الشافعي في الجذام والبرص عدوى، وهذا قول أصحاب الطبائع وقد كذبه الشرع ومنع منه، وقال النبيّ ﷺ: «**لا عَدْوَى ولا طِيَرة**»، فقيل له: إنّا نَرَى النُّقْبَةَ من الجربَ في مشْفَرِ البَعِيْرِ فتعدُو إلى سائره وإلى غيره فقال النبيّ ﷺ: «**فَمَنْ أعدى الأوّل**»[1] أي: إذا كان الأول بغير عدوى، كان ما بعده في غيره بغير عدوى.

---

(١) حديث ابن مسعود. أخرجه أحمد: ١/ ٤٤٠، وبلفظ: فما أجرب الأول لا عدوى ولا هامة ولا صفر، خلق الله كل نفس فكتب حياتها ومصيباتها ورزقها، وحديث أبي هريرة عند أحمد: ٢/ ٣٢٧ بلفظ: ما أعدى الأول لا عَدوى ولا صفر ولا هامة، خلق اللّهُ كلّ نفس فكتب حياتها وموتها ومصيباتها ورزقها. وابن حبان (٦١١٩)، والبغوي (٣٢٤٩)، والطحاوي: ٤/ ٣٠٨ و٣١٢.
والنُّقْبَةَ: أول جرب يبدو، لأنها تنقب الجلد أي تخرقه، قاله الأصمعي ومشفر البعير، هو كالشفة للإنسان.
وأخرجه البخاري في الطب (٥٧٧٠) و(٥٧٧٥)، ومسلم في السلام (٢٢٢٠) (١٠١) و(١٠٢)، والبغوي (٣٢٤٨)، والبيهقي: ٧/ ٢١٦.

قيل: إنما منع الشرع من أن الطبيعة هي التي تحدث العدوى كما يزعم الطب، ولا يمنع من أن يكون تعالى قد جعل فيها العدوى، كما جعل في النار الإحراق، وفي الطعام الشبع، وفي الماء الري، وقد قال النبيّ ﷺ: «**لا يورد ذو عاهة على مصح**»[1] «**وامتنعَ من مبايعَةِ الأجذم**»[2].

وروى عبد الله بن عباس: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه توجَّه إلى الشام، فلما انتهى إلى سرغٍ، تلقّاه أمراء الأجناد، وأخبروه بحدوثِ الطّاعُونِ بالشّامِ، فتوقَّفَ عن السيرِ وشاور المهاجرين في المسير أو الرجوع، فاختلفوا، وشاور الأنصارَ فاختلفُوا، وكان عبدُ الرحمن بن عوف غائباً عنهم، فحضرَ فشاور عمرُ فقال عبد الرحمن: إنّ عندي في هذا علماً قال عمر: ما هو؟ قال عبد الرحمن: سمِعْتُ رسولُ الله ﷺ يقول: «**إذا سَمِعْتُمْ به في وادٍ فلا تقدمُوا عليه، وإذا وَقع وأنتُم فيه فلا تخرجُوا منه**» فحمدَ عُمر اللّهَ تعالى ورجعَ ورجعَ الناسُ معه[3].

وروي عن النبي أنه قال: «**لبنُ الحَمْقاء يَعْدِي**»[4].

فأما قوله ﷺ: «**فمن أعْدَى الأول**»[5] فالمقصود منه رد قولهم أنه لم يكن إلا من عدوى الأول، ولولاه ما جربت وقال: «**من أعدى الأول**» إذا كان الأول من الله تعالى بغير عدوى، كان ما بعده منه.

---

(١) حديث أبي هريرة: أخرجه البخاري في الطب (٥٧٧١) و(٥٧٧٣) و(٥٧٧٤) ومسلم في السلام (٢٢٢١) (١٠٤)، وأبو داود (٣٩١١)، وابن ماجة (٣٥٤١)، وأحمد: ٢/ ٤٠٦، والبيهقي: ٧/ ٢١٦ ـ ٢١٧، والبغوي (٣٢٤٨).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) حديث ابن عباس: أن عمر خرج إلى الشام حتى إذا كان بسرْغَ لقيه أمراءُ الأجناد، أبو عبيدة بن الجراح وأصحابه، فأخبروه أن الوباء قد وقع بالشام. فقال عمر: ادعُ لي المهاجرين الأولين، فدعوتهم فاستشارهم فاختلفوا. . . وفيه: فقال عبد الرحمن بن عوف، سمعتُ رسول الله ﷺ يقول: «إذا سمعتم به بأرضٍ فلا تقدموا عليه، وإذا وقع بأرضٍ وأنتم بها فلا تخرجوا منها»، فحمد الله عمر بن الخطاب، ثم انصرف.

أخرجه مالك في الموطأ: ٢/ ٨٩٤ ـ ٨٩٦، والبخاري في الطب: (٥٧٢٩)، ومسلم في السلام: (٢٢١٩) (٩٨)، وأبو داود (٣١٠٣)، وأحمد: ١/ ١٩٤، والبيهقي: ٧/ ٢١٧ ـ ٢١٨.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) سبق تخريجه.

فإن قيل: فلم أضاف الشافعي العدوى إلى الجذام والبرص، ولم يضفه إلى الله تعالى؟ قيل: على طريق الاستعارة والتوسع في العبارة، كما يقال: طالت النخلة وقصر الليل وأثمرت الشجرة، وإن كان الله تعالى هو الفاعل لذلك.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من أحكام العيوب، فوجد الزوج بالزوجة قليلاً من برص أو جذام فرضي به، فانتشر وزاد حتى صار كثيراً، لم يكن له خيار، لأن الراضي بقليله راض بكثيره، ولأن قليله في الغالب يصير كثيراً.

ولو ظهر بها برص في غير المكان الأول فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون الثاني أقبح منظراً من الأول، كأن كان الأول في فخذها، وحدث الثاني في وجهها، فله الخيار نص عليه في الإملاء، لأن النفس من الثاني أشد نفوراً من الأول.

والضرب الثاني: أن يكون مثل الأول في القبح، كأن كان الأول في يدها اليمنى، والثاني في يدها اليسرى، ففيه وجهان:

أحدهما: له الخيار، لأنه إذا كان في غير مكان الأول كان عيباً غير الأول.

والوجه الثاني: لا خيار لأنه من جنس الأول، فلو رضي ببرصها فظهر بها جذام كان له الخيار بالجذام دون البرص، لأنه قد تعاف نفسه الجذام، ولا تعاف البرص.

ولو كان بها جذام أو برص فلم يختر، فسخ نكاحها حتى زال وبرىء فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يزول قبل علمه به، فلا خيار لعدم ما يوجبه.

والضرب الثاني: أن يزول بعد علمه وقبل فسخه بعذر أخره عنه، ففي خياره وجهان:

أحدهما: له الخيار اعتباراً بالابتداء.

والثاني: لا خيار له اعتباراً بانتهاء.

فلو وجد الزوج بها عيباً ووجدت بالزوج عيباً، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يختلف العيبان، فيكون عيب أحدهما جذاماً، وعيب الآخر برصاً،

فلكل واحد الخيار بعيب صاحبه، لأن المجذوم قد يعاف الأبرص، والأبرص قد يعاف المجذوم.

والضرب الثاني: أن يتساوى العيبان فيكون بكل واحد منهما برص أو جذام، ففي ثبوت الخيار وجهان:

أحدهما: أن لا خيار لتكافئهما، وأنه ليس ينقص أحدهما عن حالة صاحبه.

والوجه الثاني: أن لكل واحد منهما الخيار، لأنه قد يعاف من غيره ما لا يعافه من نفسه من بصاق ومخاط وأذى والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وإن اختارَ فراقَها قبلَ المَسِيْس فلا نصْفَ مهرٍ ولا متعةَ، وإن اختارَ فراقَها بعد المسيس فصدَّقَتْه أنه لم يعلم، فله ذلك، ولهَا مهرُ مثلها بالمسيسِ، ولا نفقةَ عليه في عدَّتِها، ولا سكنى، ولا يرجعُ بالمهرِ عليها ولا على وليِّها)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا فسخ النكاح بأحد العيوب في أحد الزوجين فلا يخلو: أن يكون قبل الدخول، أو بعده.

فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها ولا متعة، سواء كان الفسخ من قبلها أو من قبله، لأنه إن كان منها سقط به مهرها كما لو ارتدت، وإن كان من الزوج فهو لعيب فيها، فصار مضافاً إليها، ويكون هذا فائدة الفسخ يخالف حكم الطلاق أن يسقط عنه نصف المهر الذي كان يلزمه بالطلاق. فعلى هذا لو طلقها الزوج قبل الدخول وهو لا يعلم بعيبها، ثم علم، كان عليه نصف المهر، ولم يسقط عنه بظهوره على العيب، لأن النكاح انقطع بالطلاق، ولم يرتفع بالفسخ نص عليه الشافعي في الإملاء. ثم لا عدة عليها ولا نفقة لها ولا سكنى، لأنه لما لم يجب ذلك بالطلاق قبل الدخول فأولى أن لا يجب بالفسخ قبله.

فصل: وإن كان الفسخ بعد الدخول وذلك بأن لا يعلم بعيبها حتى يصيبها، فيكون له الفسخ بعد الإصابة كما كان له قبلها. فإن دعت علمه بالغيب قبل الإصابة وأنكرها، وأمكن الأمران، فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل فيه عدم علمه وثبوت خياره. فإذا فسخ النكاح بعد الإصابة فلها مهر مثلها بالإصابة، سواء كان الفسخ من جهتها أو من جهته، لقوله ﷺ فلها المهرُ بما استحلَّ من فَرْجها[2].

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٦.

(٢) سبق تخريجه.

فإن قيل: أفليس لو وطء أمة قد اشتراها ثم ردها بعيب لم يلزمه بوطئها شيء، فهلا كانت المنكوحة إذا ردت بعيب لم يلزمه بوطئها مهر؟ قيل: الفرق بينهما، أن الوطء في الملك غير مضمون بالمهر، وفي النكاح مضمون بالمهر، لأن المعقود عليه في البيع الرقبة، وفي النكاح المنفعة. ثم أوجبنا بالإصابة مهر المثل دون المسمى، وإن كان الفسخ بعد الإصابة لأنه بعيب تقدم على النكاح، فصارت أفعاله من أصله، فسقط به ما تضمنه من صداق أو مسمى والله أعلم.

فصل: فإذا ثبت أن عليه مهر المثل دون المسمى، فهل يرجع به بعد غرمه على من غره أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وبه قال في القديم: يرجع به، لقول عمر رضي الله عنه: «وذلك لزوجها غرمٌ علي وليّها»[1] ولأن العار قد الجأه إلى التزام المهر بهذه الإصابة، ولولاه لما لزمه المهر إلا بالإصابة، مستدامة في نكاح ثابت، فجرى مجرى الشاهدين إذا ألزماه بشهادتهما غرما ثم رجعا، لزمهما غرم ما استهلك بشهادتهما.

والقول الثاني: قاله في الجديد: لا يرجع على الغار، لقول النبي ﷺ: «**أيّما امرأةٍ نكحَتْ بغير إذْن وليِّها فنكاحُها باطِلٌ، فإن مسّها فلها المَهْرُ بمااستحلَّ من فَرْجِها**»[2] ولم يجعل للزوج الرجوع به على من غره في إذن الولي، أو على من ادعى في نكاحها أنه ولي، فدل على أن لا رجوع بالغرور. ولأن غرم المهر بدل من استهلاكه للبضع واستمتاعه به، فلم يجز أن يرجع بغرم ما أوجبه استهلاكه، وإن كان مغروراً كالمغرور في مبيع قد استهلكه، ولئلا يجمع بين تملك البدل والمبدل، وقد يملك الاستمتاع الذي هو معوض مبدل، ولم يجز أن يتملك المهر الذي هو عوض بدل.

فإذا قلنا: أنه لا رجوع له على من غره، فلا مسألة. وإذا قلنا بالرجوع، فلا يخلو من غره: من أن تكون الزوجة، أو وليها، أو أجنبي.

فإن غره الولي أو أجنبي، رجع الزوج عليه بعد غرمه بما غرمه من مهر المثل، فلو كانت الزوجة قد أبرأته منه، لم يرجع به الزوج على الغار، ولو ردته عليه بعد قبضه ففي رجوعه وجهان:

---

(١) الأثر عن عمر: سبق تخريجه.

(٢) سبق تخريجه.

أحدهما: لا يرجع كالإبراء.

والثاني: يرجع لأن ردها له ابتداء هبة منها.

وإن كانت هي التي غرته لم يغرم لها من المهر ما يرجع به عليه، لأنه غير مفيد، وفيه وجهان:

أحدهما: قد سقط جميع مهرها بالغرور، كما يرجع بجميعه على غيرها لو غره.

والوجه الثاني: وهو منصوص الشافعي في القديم: أنه يسقط مهر المثل إلا أقلّ ما يجوز أن يكون مهراً، فيلزمه لها لئلا يصير مستبيحاً لبضعها بغير بذل والله أعلم.

فصل: فأما العدة فواجبة عليها بالإصابة، لأنها فراش يلحق به ولدها، وأما النفقة فلا نفقة لها في العدة إن كانت حائلاً لارتفاع العقد الموجب لها، ولا سكنى لها وإن وجبت للمبتوتة، وفي وجوب النفقة لها إن كانت حاملاً قولان، بناء على اختلاف قوليه في نفقة الحامل: هل وجبت لها، أو لحملها؟ على قولين:

أحدهما: أنها وجبت لها بالزوجية، فعلى هذا لا نفقة لهذه لارتفاع عقد الزوجية.

والقول الثاني: أن النفقة وجبت لحملها، فعلى هذا لها النفقة لأن حملها في اللحوق كحمل الزوجة.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وما جعلْتُ له فيه الخيارَ في عقدِ النّكاحِ ثم حدثَ بها فلهُ الخيارُ، لأن ذلك المعنى قائِمٌ لحِقَّهُ في ذلك، وحقّ الولد)[1].

قال الماوردي: قد مضى الكلام في العيب إذا كان بأحد الزوجين قبل العقد. فأما العيب الحادث بعد العقد فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون حادثاً بالزوج، فللزوجة الخيار فيما حدث به من العيوب، كما ثبت لها الخيار فيما تقدم منها، ولا اعتبار بالنفقة. وكما أن لها أن تفسخ برق الزوج إذا حدث عتقها بعد العقد، كما كان لها أن تفسخ إذا تقدمت حريتها قبل العقد.

والضرب الثاني: أن يكون العيب حادثاً بالزوجة بعد العقد ففي خيار الزوج قولان:

أحدهما: قاله في القديم: لا خيار له. لأمرين:

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٦.

أحدهما: أنه لم يكن مغروراً به لحدوثه، فإنه يقدر على دفع الضرر عن نفسه بطلاقه، فخالف ما تقدم، لأنه كان فيه مغروراً وخالف الزوجة فيما حدث لأنها لا تقدر على الطلاق.

والثاني: أنه لما كان له الخيار في نكاح الأمة بعتقه المتقدم دون الحادث، وكان لها الخيار في نكاح العبد بعتقها المتقدم والحادث، كذلك العيوب يكون له الخيار بالمتقدم منها دون الحادث، ويكون لها الخيار بالمتقدم منها والحادث.

والقول الثاني: قاله في الجديد واختاره المزني: له الخيار بالعيوب الحادثة والمتقدمة لأمرين:

أحدهما: أن ما يستحقه من الخيار في مقابلة ما يستحق عليه من الخيار لقوله الله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[1] فلما استحقت الزوجة عليه الخيار بالعيوب الحادثة، استحق الخيار عليها بالعيوب الحادثة.

والثاني: إنه لما كان العقد فيه على منافعه استوى فيه ما تقدم من العيوب وما حدث كالإجارة، فلما كان للزوج الخيار بما تقدم كان له الخيار بما حدث.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من ثبوت الخيار بما حدث من العيوب ففسخ به النكاح، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون قبل الدخول فلا مهر فيه لارتفاع العقد به، وسواء كان الفسخ من قبل الزوج أو من قبل الزوجة لما ذكرنا، وإن كان بعد الدخول، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون العيب حادثاً بعد الدخول، فلها المهر المسمى لاستقراره بالدخول وحدوث ما أوجب الفسخ بعد استقراره.

والضرب الثاني: أن يكون حادثاً بعد العقد وقبل الدخول، ولا يعلم به إلا بعد الدخول، فلها مهر المثل دون المسمى. لأن لما ارتفع العقد بعيب، تقدم على الدخول، صار الدخول في حكم الحادث بعد ارتفاع العقد، فسقط به المسمى، واستحق بما بعده مهر المثل.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا فالخيار فيما تقدم من هذه العيوب وحدث على الفور بعد

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٢٨.

العلم بها، لأنها عيوب قد عرف الحظ في الفسخ بها من غير فكر ولا ارتياء، فجرى مجرى العيوب في البيع التي يثبت الخيار فيها على الفور. وخالف خيار الأمة إذا أعتقت تحت عبد، في أن اختيارها في حد القولين على التراخي، لأنها تحتاج في معرفة الحظ لها إلى زمان فكر وارتياء. وإذا كان هكذا فلا يجوز أن ينفرد بالفسخ حتى يأتي الحاكم، فيحكم له بالفسخ لأنه مختلف فيه، فلم يثبت إلا بحكم. وخالف عتق الأمة تحت عبد في جواز تفردها بالفسخ، لأنه متفق عليه.

فإن تصادق الزوجان على العيب، فسخ الحاكم النكاح بينهما، وإن تناكرا فادعاه الزوج وأنكرته الزوجة، كلف المدعي بينة، فإن أقامها وإلا حلف المنكر، ولا فسخ لأن الأصل السلامة من العيوب.

فلو تصادق الزوجان على العيب واتفقا على الفسخ عن تراض، ففي جوازه وجهان:

أحدهما: يجوز لأن الحكم عند التنازع.

والوجه الثاني: لا يجوز لأن ما اشتبه حكمه لم يتعين إلا بحكم والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولوليِّها منعُها من نِكاح المجنُونِ، كما يمنعُها من غير كفء)[1].

قال الماوردي: أما إذا رضي الولي أن يزوجها بمن فيه أحد هذه العيوب فامتنعت، فالقول قولها، وليس للولي إجبارها عليه، وإن كان أباً لما فيه من تفويت حقها من الاستمتاع، ولأنه لو زوجها به، لكان لها الفسخ، فكان أولى أن يكون لها الامتناع قبل العقد.

فأما إذا رضيت بمن فيه أحد هذه العيوب، وامتنع الولي، فالعيوب على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما للولي أن يمنعها من نكاح من هي فيه وذلك: الجنون، والخبل، لما فيه من عار على الأولياء، فكان لهم دفعه عنهم بالامتناع.

والقسم الثاني: ما ليس للولي منعها من نكاح من هي فيه وذلك: العنة، والجب، والخصاء، لأنه لا عار فيه على الأولياء، وإنما يختص بعدم الاستمتاع الذي هو حق لها دون الأولياء.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٦.

والقسم الثالث: ما اختلف أصحابنا فيه وهو الجذام والبرص، وفيه وجهان:

أحدهما: ليس للولي منعها من مجذوم ولا أبرص لاختصاصه بالاستمتاع، وهو قول أبي إسحاق المروزي.

والوجه الثاني: له منعها منهما لنفور النفوس منهما ولتعدي ذلك إلى نسلها.

فأما إن حدثت هذه العيوب في الزوج بعد العقد، فالخيار لها دون الأولياء، فإن رضيت وكره الأولياء كان رضاها أولى، ولا اعتراض للأولياء لأن حقهم مختص بطلب الكفاءة في ابتداء العقد، دون استدامة.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو تزوَّجها على أنها مسلمَةٌ، فإذا هيَ كتابيّة، كان له فسخُ النّكاح بلا نِصْفِ مهر. ولو تزوّجَها على إنها كتابية، فإذا هي مسلمَة، لم يكن له فسخُ النكاح، لأنها خير من كتابية، قال المزني: هذا يدلّ على أن الأمة إذا اشتراها على أنها نصرانيّةٌ، فإذا هي مسلمةٌ فليس للمشتري أن يردَّها، ولو اشتراها على أنها مسلمة: فكانت نصرانية فله ردُّها)[1].

قال الماوردي: قد مضى الكلام، في أن خلاف الصفة المشروطة في عقد النكاح، هل تجري مجرى خلاف العين أم لا؟ على قولين:

فإذا تزوجها على أنها مسلمة فوجدها نصرانية ففي النكاح قولان:

أحدها: باطل.

والثاني: جائز نص عليه ها هنا.

وهل له الخيار في فسخ النكاح أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا خيار له.

والثاني: له الخيار، نص عليه ها هنا.

وهكذا لو تزوجها على أنها نصرانية فكانت مسلمة كان على قولين:

أحدهما: النكاح باطل.

والثاني: جائز ولا خيار له قولاً واحداً، لأن المسلمة أعلى حالاً من النصرانية.

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٦.

فأما المزني فإنه استدل بذلك على أن من اشترى أمة على أنها مسلمة فكانت نصرانية أن له الخيار، ولو اشتراها على أنها نصرانية فكانت مسلمة، فليس له الخيار كالنكاح.

فرد أصحابنا عليه وقالوا له: في بيع الخيار في الموضعين بخلاف النكاح، لأن المقصود بالبيع وفور الثمن، والثمن يتوفر بكثرة الطالب، وطالب النصرانية أكثر من طالب المسلمة، لأن النصرانية يشتريها المسلمون والنصارى، والمسلمة لا يشتريها إلا المسلمون دون النصارى. فإذا اشتراها على أنها نصرانية فكانت مسلمة، كان له الخيار لأنها أقل طلباً، فصارت أقل ثمناً. ولو اشتراها على أنها مسلمة فكانت نصرانية، فله الخيار لنقصها بالدين، وأن المسلمة أحسن منها عِشْرةً وأكثر نظافة وطهارة، وليس كذلك النكاح، لأن المقصود منه العشرة وحسن الصحبة وكمال المتعة وهذا كله في المسلمة أوجد منه في النصرانية، فافترقا حكم البيع والنكاح بما ذكرنا.

فصل: وإذا تزوجت مسلمة رجلاً على أنه مسلم فكان نصرانياً، فالنكاح باطلٌ وكذلك لو تزوجته بغير شرط، لأن المسلمة لا تحل لكافر.

ولو تزوجت نصرانية رجلاً على أنه مسلم فكان نصرانياً، ففي النكاح قولان على ما مضى:

أحدهما: باطل.

والثاني: جائز.

ولها الخيار قولاً واحداً لنقصان دينه، وإنها لا تملك فراقه إلا بالفسخ.

ولو تزوجته على أنه نصراني فكان مسلماً، ففي النكاح قولان:

أحدهما: باطل.

والثاني: جائز.

ولها الخيار، وإن كان المسلم أفضل ديناً لأنها إلى من وافقها في دين أرغب وهي ممن خالفها فيه أنفر.

فصل: إذا تزوج المسلم امرأة بغير شرط يظنها مسلمة، فكانت نصرانية، فالنكاح جائز ولا خيار له. ولو تزوجها يظنها حرة فكانت أمة، فالنكاح جائز إذا كان ممن يحل له نكاح الإماء، وفي خياره وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: لا خيار له كالنصرانية.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: له الخيار.

والفرق بينهما: إن ولي النصرانية متميز الهيئة عن ولي المسلمة، وولي الأمة يتميز عن ولي الحرة، ولأن ولده من الأمة مرقوق، ومن النصرانية مسلم. والله أعلم.

بابُ الأَمَةِ تغر مِنْ نَفْسِهَا مِنْ كُتُبٍ[(١)]

قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وإذا وكلَ بتزويج أَمَتِهِ فذكَرتْ والوكيل، أو أحدهما، أنها حرَّةٌ، فتزوَّجَها، ثم عَلِمَ فلهُ الخيارُ إلى آخر الفصل)[(٢)].

قال الماوردي: وهذه المسألة قد مضت، وهو أن يتزوج امرأة على إنها حرة فتكون أمة، فإن كان الزوج ممن لا ينكح الأمة، فالنكاح باطل. وإن كان ممن ينكح الأمة إلا أنها منكوحة بغير إذن السيد، فالنكاح باطل. وإن كانت منكوحة بإذن السيد، فإن كان هو الذي شرط فقد عتقت، والنكاح جائز. وإن كان غيره هو الذي شرط حريتها. إمّا هي، أو وكيله، أو هما، فهي حينئذ مسألة الكتاب، وفي النكاح قولان حراً كان الزوج أو عبداً.

أحدهما: باطل. فإن لم يدخل بها فرق بينهما ولا شيء عليه، وإن دخل بها فعليه مهر مثلها. فإن أولدها كان ولدها حراً لأنه على شرط الحرية أوكد، سواء كان الزوج حراً أو عبداً.

فإن كان الزوج حراً غرم مهر المثل وقيمة الولد وقت الولادة، ورجع بقيمة الولد على من غره لأنه الجأه إلى غرمه. وهل يرجع بمهر مثلها عليه أم لا؟ على قولين.

وإن كان الزوج عبداً ففيما قد لزمه من مهر المثل وقيمة الولد ثلاثة أقاويل:

أحدها: في كسبه.

والثاني: في ذمته إذا أيسر بعد عتقه.

والثالث: في رقبته يباع فيه إلا أنه يفديه سيده.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٧: باب الأمة تغرُّ بنفسها. من الجامع من كتاب النكاح الجديد، ومن التعريض بالخطبة، ومن نكاح القديم، ومن النكاح والطلاق، إملاء على مسائل مالك.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٧٧. وتتمة الفصل: «فإن اختار فراقها قبل الدّخول فلا نصف مهر ولا متعة. وإن أصابها فلها مهر مثلها فإذا أكثر ممّا سمّى، أو أقلّ. لأن فراقها فسخ، ولا يرجع به. فإن كانت ولدت فهم أحرار، وعليه قيمتهم يوم سقطوا، وذلك أول ما كان حكمهم حكم أنفسهم لسيّد الأمة».

وهذه الأقاويل الثلاثة من أصلين في كل أصل منهما قولان:

أحدهما: أن العبد إذا نكح بغير إذن سيده، هل يكون المهر إنْ وطئها في ذمته أو في رقبته؟ على قولين.

والثاني: أن العبد إذا أذن له سيده في النكاح فنكح نكاحاً فاسداً، هل يدخل في جملة إذنه ويكون المهر والنفقة في كسبه أم لا؟ على قولين: ثم لا رجوع للعبد قبل غرم المهر وقيمة الولد على الغار له، فإذا غرمها رجع عليه بقيمة الولد، وفي رجوعه بمهر المثل قولان، فهذا إذا قيل إن النكاح باطل.

والقول الثاني: في الأصل إن النكاح جائز.

فعلى هذا إن كان الزوج حراً فهل له الخيار في الفسخ أم لا؟ على قولين. وإن كان عبداً فقد اختلف أصحابنا، فكان أبو علي بن أبي هريرة يقول: خياره على قولين كالحر لمكان شرطه. وكان أبو إسحاق المروزي يقول: لا خيار له، بخلاف الحر لمساواته لها في الرق.

فإذا قيل: لهما الخيار، فاختار الفسخ، فالحكم في المهر وقيمة الولد على ما مضى.

وإذا قيل: بأن النكاح باطل، وإن اختار المقام. أو قيل: إن ليس له خيار، فالحكم في الحالين واحد وهو: أنه يجب عليه المهر المسمى بالعقد، وأولاده منها قبل علمه أحرار، وبعد علمه مماليك. فمن وضعته منهم لأقل من ستة أشهر بعد علمه فهم أحرار، لأنهم علقوا قبل علمه، ومن وضعته بعد علمه بستة أشهر فصاعداً مماليك، ولا يرجع بالمهر قولاً واحداً، لأنه المسمى بعقد صحيح، ويرجع بقيمة من عتق عليه من الأولاد، لأنه التزمها بالغرور دون العقد.

فإن كان الزوج عبداً كان المهر في كسبه قولاً واحداً، لأنه نكاح قد صح بإذن سيده، ولا يكون قيمة الولد في كسبه، لأن إذن سيده بالنكاح لا يقتضيها، وأين يكون؟ على قولين:

أحدهما: في رقبته.

والثاني: في ذمته إذا عتق، ويكون ما استحق من المهر في صحة النكاح وفساده ملكاً للسيد لأنه من كسب أمته، ويكون من رق من أولاده ملكاً للسيد، وقيمة من عتق منهم للسيد والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولا يرجعُ بها على الذي غرَّهُ إلا بعدَ أن يغرمَها)[١].

قال الماوردي: قد ذكرنا أن الزوج يرجع بما غرمه من قيمة الولد قولاً واحداً، وفي رجوعه بما غرمه من مهر المثل دون المسمى قولان، ورجوعه بذلك إنما يكون على من غره بعد غرمه فأما قبله، فلا رجوع له لأنه لم يغرم ما يرجع به، وقد يجوز أن يبرأ منه فلا يرجع به.

قال المزني: هذا يدل على أن من شهد على رجل بقتل خطأ ثم رجع الشهود لم يلزمهم غرم الدين إلا بعد أن تغرمها العاقلة، فيرجع بها حينئذ على الشهود[٢]. وهذا صحيح، لأن قبل الغرم يجوز أن تبرأ العاقلة فلا يستحق الرجوع، فإذا غرم الزوج ذلك لم يصح أن ينسب الغرور إلى السيد لأنها تعتق عليه بقوله هي حرة، فلا يكون غاراً، وإنما يصح أن يكون الغرور، إمّا منها، أو من وكيله في نكاحها، أو منهما معاً.

فإن تفرد الوكيل بغرور الزوج، رجع عليه بقيمة الولد ومهر المثل في الحال إن كان موسراً، وأنظر إلى ميسرته إن كان معسراً.

وإن تفردت الأمة بالغرور، فيرجع الزوج عليها بقيمة الولد بجميع مهر المثل، ولا يترك عليها شيئاً منه لأنه قد غرم جميعه للسيد، فلم يصر بضعها مستهلكاً بغير مهر، وكان ذلك في ذمتها لأنها أمة تؤديه إذا أيسرت بعد العتق.

فإن قيل: فهلا كان ذلك في رقبتها تباع فيه كالعبد إذا نكح بغير إذن سيده، ولزمه المهر بإصابته كان في رقبته؟ على أحد القولين.

قيل: الفرق بينهما، أن الرقبة لا يتعلق بها إلا جناية، ووطء العبد جناية توجب الغرم، فجاز أن تتعلق برقبته، وليس غرور الأمة جناية، ولا الغرم بها يتعلق، وإنما تعلق بوطء الزوج، فلم يجز أن يتعلق برقبتها.

وإن اشترك الوكيل والأمة في الغرور، كان غرم المهر وقيمة الأولاد بينهما نصف

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٧.

(٢) قال المزني في المختصر، ص: ١٧٧: «وقيمة الولد في معناه، وهذا يدل على أن لا غرم على من شهد على رجل بقتل خطأ أو بعتق حتى يغرم للمشهود عليه».

لاستوائهما في الغرور، لكن ما وجب على الوكيل من نصف الغرم يؤخذ به معجلاً لأنه حر، وما وجب على الأمة من نصف الغرم تؤخذ به إذا أيسرت بعد العتق، والله أعلم.

مسالة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وإنْ كانت مكاتبةً رجعَ عليها في كتابَتِها لأنها كالجنايَةِ، فإنْ عَجِزَتْ فحينَ تُعْتَق)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا تزوجها على أنها حرة فكانت مكاتبة، كان في نكاحها قولان كالأمة:

أحدهما: باطل.

والثاني: جائز.

وهل له الخيار أم لا؟ على قولين كالأمة.

فإذا قيل بصحة النكاح وإن لا خيار فيه، أو فيه الخيار فاختار المقام عليه، فالمهر المسمى بالعقد واجب وهو للمكاتبة دون سيدها، لأنه من كسبها، واكتساب المكاتبة لها بخلاف الأمة. فأما أولادها الذين علقت بهم بعد علم الزوج بكتابتها، ففيهم قولان:

أحدهما: مماليك لسيدها.

والثاني: تبع لها يعتقون بعتقها إن أدّت، ويرقون برقها إن عجزت.

وإذا قيل ببطلان النكاح، أو قيل بصحته وفيه الخيار، فاختار الفسخ، فالحكم في الحالين سواء، وينظر: فإن لم يدخل بها الزوج فلا مهر عليه، وإن دخل بها فعليه مهر المثل دون المسمى، يكون ذلك للمكاتبة دون سيدها، وعليه قيمة أولادها. وفيمن تكون له قيمتهم قولان:

أحدهما: للسيد إذا قيل: إنهم عبيده لو رقوا.

والثاني: للمكاتبة إذا قيل: إنهم تبع لها. ثم فيما يأخذه من قيمتهم وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: يستعين به في كتابتها.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن خيران: إنه يكون موقوفاً كما يوقف الأولاد لو

---

(١) في مختصر المزني، ص: ١٧٧: «وإنْ كانت هي الغارّة، رجع عليها إذا أعتقت، إلا أن تكون مكاتبة فيرجع عليها في كتابتها، لأنها كالجناية، فإن عجزت فحتّى تعتق».

رقوا، فإن عتقت بالأداء ملكت قيمتهم، وإن رقت بالعجز كانت قيمتهم للسيد، ويرجع الزوج بقيمة الأولاد على من غره فإن كان الوكيل هو الذي غره، رجع عليه بها بعد غرمها، سواء غرمها للمكاتبة أو لسيدها، وإن كانت المكاتبة هي التي غرته.

فإن قيل: يجب للسيد غرمها، ثم رجع بها إلى المكاتبة في مال كتابتها، فإن عجزت ورقت فبعد عتقها. وإن قيل: يجب قيمة الأولاد لها دون السيد، سقطت عنه ولم يغرمها، لأنه لو غرم لرجع بها.

وأما المهر ففي رجوع الزوج به قولان على ما مضى. فإن قيل: لا يرجع به، دفع جميعه إليها. وإن قيل: يرجع به، نظر في الغار به: فإن كان الوكيل غرم لها مهرها، ورجع بجميعه على الوكيل. وإن كانت هي الغارة، سقط عنه المهر لأنه لها.

وهل يسقط جميعه أم لا؟ فقيه وجهان:

أحدهما: يسقط جميعه لأنه يستحق الرجوع على غيرها بجميعه.

والوجه الثاني: إنه لا يسقط إلا أقل ما يجوز أن يكون مهراً، فيلزمه دفعه إليها، ولا يرجع به عليها لئلا تصير مستمتعاً ببعضها من غير بدل.

فصل: فلو كانت المسألة بحالها وكانت حاملاً من هذا الزوج المغرور، فضرب بطنها، فألقت حملها جنيناً ميتاً، فعلى الضارب في جنينها غرة عبد أو أمة، لأنه حر في حقه، ويكون ذلك للزوج لأنه أبوه ووارثه، إلا أن يكون هو الضارب فلا يرثه لأنه صار قاتلاً، ولا ترثه الأم لأنها مكاتبة، ويكون على الزوج فيه عشر قيمة أمه، كالذي يكون في جنين مملوك، لأنه فيما يستحق على الأب من الغرم في حكم الجنين المملوك، وفيما يستحقه الأب على الضارب من الدية في حكم الجنين الحر، وفيما يستحق ما غرمه الأب من عشر قيمة أمه قولان:

أحدهما: يكون للسيد إذا قيل: أن الولد ملك له، لو رقَّ.

والثاني: يكون للأم المكاتبة إذا قيل: إنه يكون تبعاً؟ لها لو رقّ. وهل يستعين به في مال كتابتها، أو يكون موقوفاً بيدها؟ على ما ذكرنا من الوجهين، ثم يكون رجوع الزوج به على من غره مستحق على ما مضى والله أعلم.

باب الأَمَة تعتق وزَوْجهَا عَبْدٌ(١)

قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (أخبرنا مالكٌ، عن ربيعة، عن القاسم بن محمد، عن عائشة، زوج النبيّ ﷺ: أنَّ بريرةَ أُعتِقَتْ فخيَّرها رسولُ الله ﷺ وفي ذلك دليلٌ أن ليسَ بيعُها طلاقاً إذْ خيَّرها رسولُ الله ﷺ بعد بَيعِها من زوجها)(٢).

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا كانت الأمة ذات زوج فبيعت، أو عتقت، كان النكاح بحاله ولم يكن ذلك طلاقاً لها، وبه قال: عمر، وعثمان، وعلي، وعبد الرحمن بن عوف، وسعد بن أبي وقاص، وأكثر الصحابة وجمهور الفقهاء.

وذهب ابن عباس، وابن مسعود، وأبي بن كعب وأنس بن مالك: إلى أن بيعها طلاقها، وكذلك عتقها، ولا نعرف قائلاً به من التابعين إلا مجاهد. استدلالاً بقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ إلى قوله: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾(٣) فحرم من ذوات الأزواج إلا أن يملكن فيحللن للمالك، وهذه قد ملكت بالابتياع، فوجب أن تحل لمالكها. ولأنه لما حلت ذات الزوج بالسبي لحدوث ملك السابق، وجب أن تحل بالشراء لحدوث ملك المشتري.

---

(١) في مختصر المزني، ص: ١٧٧: «الأمة تعتق وزوجها عبد، من كتاب قديم، ومن إملاء، وكتاب نكاح وطلاق، إملاء على مسائل مالك».

(٢) مختصر المزني، ص: ١٧٧. والحديث أخرجه مالك في الموطأ: ٢/ ٥٦٢، قالت: كان في بريرة ثلاثُ سننٍ: إحدى هذه السنن الثلاث: أنها أعتقت فخيِّرت في زوجها، وقال رسول الله ﷺ: «الولاء لمن أعتقَ»، ودخل رسول الله ﷺ والبُرْمة تفور بلحم، فقُرِّب إليه خبز وإدام من إدام البيت، فقال: ألم أر برمة فيها لحم؟ قالوا: بلى يا رسول الله، ولكنْ ذاكَ لحم تُصُدِّق على بريرة، وأنت لا تأكل الصدقة قال: هو عليها صدقة وهو لنا هدية.

أخرجه البخاري (٥٠٩٧) و(٥٢٧٩) ومسلم (١٠٧٥) (١٧٣) و(١٥٠٤) (١٤)، والنسائي: ٦/ ١٦٢، والبيهقي: ٦/ ١٦١، والبغوي (١٦١١).

(٣) سورة النساء، الآية: ٢٣.

والدليل على ثبوت النكاح: أن بريرة أعتقت تحت زوج، فخيَّرها رسولُ الله ﷺ في نكاحه[١]، فلو كان نكاحها قد بطل بعتقها لأخبرها به، ولم يخيِّرها فيه.

ولأن عقد النكاح أثبت من عقد الإجارة لدوامه، فلما لم يبطل عقد الإجارة بالعتق والبيع فأولى أن لا يبطل بهما عقد النكاح. ولأنه لما كان بيع الزوج وعتقه لا يوجب بطلان نكاحه، كذلك بيع الزوجة وعتقها لا يوجب بطلان نكاحها. ولأن المشتري ملك عن البائع على الصفة التي كان البائع مالكها، فلما كان النكاح مقراً على ملك البائع، كان مقراً على ملك المشتري.

فأما الآية فواردة في السبايا.

وأما الاستدلال بالسبايا، فالفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن السبي لما أبطل الحرية التي هي أقوى، كان بأن يبطل النكاح أولى، وليس كذلك البيع والعتق.

والثاني: أن السبي قد أحدث حجراً، فجاز أن يبطل به ما تقدم من نكاحها، وليس كذلك البيع والعتق.

فصل: فإذا ثبت أن النكاح بحاله فعلى المشتري إقرار الزوج على نكاحه، وله الخيار في فسخ البيع إن لم يكن عالماً بنكاحه لتفويت بضعها عليه.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ورُوي عن عائشة أنَّ زوجَ بَرِيْرةَ كان عبداً الفصل)[٢].

قال الماوردي: أما إذا عتقت الأمة تحت زوج وكان عبداً، فلها الخيار في فسخ

---

(١) حديث عائشة: سبق تخريجه.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٧٧. وتتمة الفصل: وعن ابن عباس: أنه كان عبداً يقال له: مغيث، كأني أنظر إليه يطوف خلفها يبكي ودموعه تسيل على لحيته فقال النبي ﷺ للعباس رضي الله عنه: يا عباس، ألا تعجب من حبّ مغيث بريرة، ومن بغض بريرة مغيثاً؟ فقال لها النبي ﷺ: لو راجعته، فإنما هو أبو ولدك، فقالت: يا رسول الله، بأمرك؟ فقال: إنما أنا شفيع، قالت: فلا حاجة لي فيه. وعن ابن عمر أنه قال: كان عبداً، قال الشافعي رحمه الله: ولا يشبه العبد الحر، لأن العبد لا يملك نفسه، ولأن للسيد إخراجه عنها، ومنعه منها، ولا نفقة عليه لولدها ولا ولاية، ولا ميراث بينهما.

نكاحه لكمالها ونقصه، وأن النبي ﷺ قال لبريرة: ملكْتِ نفسَكِ فاختاري[١].

فأما إذا عتقت وزوجها حر فقد اختلف الفقهاء في خيارها، فذهب الشافعي: إلى أنه لا خيار لها، وبه قال من الصحابة: ابن عمر، وابن عباس، وعائشة، ومن التابعين: سعيد بن المسيب، والحسن البصري، وسليمان بن يسار، ومن الفقهاء: ربيعة، ومالك، والأوزاعي، وابن أبي ليلى، وأحمد، وإسحاق.

وقال أبو حنيفة وصاحباه: لها الخيار، وبه قال: النخعي، والشعبي، والثوري، وطاوس. استدلالاً برواية إبراهيم، عن الأسود، عن عائشة، قالت: خيَّر رسولُ الله ﷺ بريرةَ، وكان زوجُها حراً[٢] وهذا نص.

قالوا: ولأن النبيّ ﷺ قال لبريرة: «قد ملكْتِ بضعكِ فاختاري»[٣] فجعل علة اختيارها إنها ملكت بضعها، وهذه العلة موجود إذا عتقت تحت حر لوجودها إذا عتقت تحت عبد، فوجب أن يكون لها الخيار في الحالين قال: ولأنها أعتقت تحت زوج، فوجب أن يكون لها الخيار، أصله إذا كان الزوج عبداً. ولأنه قد ملك عليها بضعها بعد العتق بمهر ملك غيرها في الرق، فوجب أن يكون لها فسخه ليصح أن تملك بالحرية ما كان ممنوعاً عليها في العبودية.

ودليلنا: ما رواه عروة بن الزبير، والقاسم بن محمد، وعمرة بنت عبد الرحمن، عن

---

(١) في حديث عائشة: أنه خيّرها. وفي حديث القاسم بن محمد، عن عائشة قال لها رسول الله ﷺ: لما عتقت فاختاري. أخرجه الدارقطني: ٣/ ٢٩٢، وفي حديث عائشة عند مسلم: كان زوج بريرة عبداً فخيرها رسول الله ﷺ.

(٢) حديث عائشة: أنها اشترت بريرة لتعتقها واشترط أهلها ولاءها.. وفيه: فقال رسول الله ﷺ: «فإنما الولاء لمن أعتق»، فاشترتها فأعتقتها، وخيّرت فاختارت نفسها، وقالت: لو أعطيت كذا وكذا ما كنتُ معه. قال الأسود: وكان زوجها حراً.

أخرجه البخاري في العتق (٢٥٣٦) والفرائض (٦٧٥٤) و(٦٧٥٨) و(٦٧٦٠)، وقال: وقول الأسود منقطع، وقول ابن عباس: رأيته عبداً أصح. وقال ابن حجر في الفتح: ١٢/ ٤١: منقطع: أي لم يصله بذكر عائشة منه وقول ابن عباس أصح: لأنه ذكر أنه رآه، وقد صحَّ أنه حضر العقبة وشاهدها فترجح قوله على قول من لم يشاهدها، فإن الأسود لم يدخل المدينة على عهد رسول الله ﷺ.

أخرجه أبو داود (٢٩١٦)، والترمذي (١٢٥٦) ولم يذكر أن زوجها حر، والنسائي: ٦/ ١٦٣ و٧/ ٣٠٠ وأحمد: ٦/ ١٨٦ و١٨٩ ـ ١٩٠، والبيهقي: ٧/ ٢٢٣ و١٠/ ٣٣٨ ـ ٣٣٩.

(٣) حديث هشام بن عروة عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال لبريرة: «اذهبي فقد عتق معك بضعك» أخرجه الدارقطني: ٣/ ٢٩٠.

عائشة: أن النبيّ ﷺ خيَّر بريرة وكان زوجُها عبداً[١].

فوجه الدليل منه: أن الحكم إذا نقل مع السبب تعلق الحكم بذلك السبب، كما إذا نقل الحكم مع العلة تعلق الحكم بتلك العلة، وقد نقل التخيير بعتقها تحت عبد، فوجب أن يكون متعلقاً به.

فإن قيل: فقد روى الأسود عن عائشة، أنه كان حراً فتعارض الروايتان، وكانت رواية الحرية أثبت في الحكم، إلا لو شهد شاهدان بحرية رجل وشهد آخران بعبوديته، كان شهادة الحرية أولى من شهادة العبودية كذلك المتعارضان.

قيل: روايتهما «إنه كان عبداً» أولى من روايتهم «إنه كان حراً» من أربعة أوجه:

أحدها: أن راوي العبودية عن عائشة ثلاثة: عروة، والقاسم، وعمرة. وراوي الحرية عنها واحد وهو: الأسود. ورواية الثلاثة أولى من رواية الواحد، لأنهم من السهو أبعد، وإلى التواتر والاستفاضة أقرب، وقد قال الله تعالى: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾[٢].

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «الشَّيطانُ مع الواحدِ وهو من الاثنين أبعدُ»[٣].

---

(١) حديث عائشة: من طريق هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة عن مسلم (١٥٠٤) (٩) وكان زوجها عبداً فخيّرها رسول الله ﷺ فاختارت نفسها، ولو كان حرّاً فلم يخيِّرها. و(١٣) عن يزيد بن رومان، عن عروة، عن عائشة، قالت: كان زوج بريرة عبداً. وأبو داود (٢٢٣٣)، والنسائي: ٦/ ١٦٥، والطحاوي: ٣/ ٨٢، والبيهقي: ٧/ ٢٨٩، والدارقطني: ٣/ ٢٨٩، وأخرج أبو داود من طريق عبد الرحمن بن القاسم، عن أبيه، عن عائشة في الطلاق (٢٢٣٤): أن بريرة خيرها رسول الله ﷺ وكان زوجها عبداً، والدارقطني: ٣/ ٢٩١، والنسائي: ٦/ ١٦٥.

أمّا رواية عمرة عن عائشة فأخرجها البيهقي: ٧/ ٢٢٤ بلفظ: «وكان زوجها مملوكاً»، والدارقطني: ٣/ ٢٩٢.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٨٣.

(٣) حديث ابن عمر: أن عمر خطب بالجابية فقال: قام فينا رسول الله ﷺ مقامي فيكم فقال: «استوصوا بأصحابي خيراً، ثم الذين يلونهم... فإنّ الشيطان مع الواحد وهو من الإثنين أبعد، ولا يخلونّ أحدكم بامرأة كان الشيطان ثالثهما..»

أخرجه ابن حبان بإسناد صحيح على شرطهما، وأحمد: ١/ ١٨، والطحاوي: ٤/ ١٥٠ ـ ١٥١، والبيهقي: ٧/ ٩١، والحاكم: ١/ ١١٤ على شرط الشيخين ووافقه الذهبي. والترمذي في الفتن (٢١٦٥)، والنسائي في عشرة النساء (٣٤٢) و(٣٤٣)، والبخاري في تاريخه: ١/ ١٠٢.

والثاني: أن من ذكرنا أخص بعائشة من الأسود، لأن عروة بن الزبير هو ابن أختها أسماء بنت أبي بكر، والقاسم بن محمد هو ابن أخيها محمد بن أبي بكر، وعمرة بنت عبد الرحمن هي بنت أخيها عبد الرحمن بن أبي بكر، فهم من أهلها يستمعون كلامها مشاهدة من غير حجاب، والأسود أجنبي لا يستمع كلامها إلا من وراء حجاب، فكانت روايتهم أولى من روايته.

والثالث: أن نقل العبودية يفيد علة الحكم، ونقل الحرية لا يفيدها، لأن أحداً لا يجعل حرية الزوج علة في ثبوت الخيار، والعبودية تجعل علة في ثبوت الخيار، فكانت رواية العبودية أولى.

والرابع: أنه قد وافق عائشة في رواية العبودية صحابيان: ابن عمر، وابن عباس، وما وافقهما في رواية العبودية أحد.

أما ابن عمر فروى أنه كان عبداً[1]. وأما ابن عباس فروى عنه خالد الحذاء، عن عكرمة، عن ابن عباس، قال: كان زوجُ بريرة عبداً أسود يقال له: مُغِيْث كأني أراهُ يطوفُ خلفَها بالمدينة ودمُوعُه تسيلُ على لِحيته فقال رسول الله ﷺ لعمه العباس: ألا تعجَبُ من شدَّةِ حبِّ مُغيثٍ بريرةَ، ومن شدّة بغْضِ بريرةَ مغيثاً؟ قال: فقال لها رسول الله ﷺ: «لو راجَعْتِهِ فإنه أبو ولدكِ» فقالت: أتأمُرُني؟ فقال: «إنما أنا شافعٌ»، قالت: فلا حاجَةَ لي فيه[2].

فأما ترجيحه بأن شهود الحرية أولى من شهود العبودية، كذلك راوي الحرية أولى من راوي العبودية. فالجواب عنه: أن يقال إن علم شهود الحرية بالعبودية فشهادتهم أولى، لأنهم أزيد علماً ممن علم العبودية، ولم يعلم ما يحدد بعدها من الحرية. وإن لم يعلم شهود الحرية بالعبودية، وكان مجهول الحال، فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: أن الشهادتين قد تعارضتا فسقطتا.

والوجه الثاني: أن شهادة العبودية أولى، لأنها تخالف الظاهر من حكم الدار،

---

(١) راجع مختصر المزني، ص: ١٧٧، والبيهقي: ٧/ ٢٢٢.

(٢) حديث ابن عباس: في مختصر المزني: ص ١٧٧ وأخرجه البخاري في الطلاق (٥٢٨٣) والنسائي: ٨/ ٢٤٥ ـ ٢٤٦، وابن ماجة (٢٠٧٥)، والدارمي: ٢/ ١٦٩ ـ ١٧٠، وأبو داود (٢٢٣١)، والبيهقي: ٧/ ٢٢٢، والبغوي: (٢٢٩٩).

فكانت أزيد ممن شهد بالحرية التي هي الغالب من حكم الدار. ألا ترى أن اللقيط يجري عليه حكم الحرية في الظاهر لأنه الغالب من حكم الدار، لأن أهلها أحرار فلم يكن في هذا الاستشهاد ترجيح.

فإن قالوا: نستعمل الروايتين، فتحمل رواية من نقل العبودية على أنه كان عبداً وقت العقد، ورواية من نقل الحرية على أنه كان حراً وقت العقد، لأن الحرية تطرأ على الرق ولا يطرأ الرق على الحرية، فكان ذلك أولى ممن استعمل إحدى الروايتين دون الأخرى.
والجواب عن هذا الاستعمال من وجهين:

أحدهما: أنه تأويل يبطل بخبرين.

أحد الخبرين أن أسامة، روى عن القاسم، عن عائشة، أن رسول الله ﷺ قال لبريرة: «إنْ شِئْتَ أنْ تستقرّي تحت هذا العبدِ، وإنْ شِئْتَ فارقتيه»[١] فيقال: إنه كان في وقت التخيير عبداً.

والخبر الثاني: ما رواه هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة. أنه كان عبداً فخيَّرها رسولُ الله ﷺ فاختارَتْ نفسها، ولو كان حرّاً لم يخيِّرَها[٢].

والجواب الثاني: إننا نقابل هذا الاستعمال بمثله من وجهين:

أحدهما: أنه كان حراً قبل السبي، وعبداً بعد السبي عند العقد.

والثاني: إنه كان عبداً وقت العتق، وحراً وقت التخيير، فيكون لها الخيار في أحد المذهبين.

ويدل على صحة ما ذهبنا إليه أيضاً، ما رواه ابن موهب، عن القاسم، عن عائشة أنه كان لها غلامٌ وجارية، فأرادت عتقهما، فقال لها رسول الله ﷺ: «ابدأي بالغُلامِ»[٣] فلم

---

(١) حديث عائشة: أخرجه الدارقطني: ٣/ ٢٨٨ من طريق أسامة بن زيد، عن القاسم، عن عائشة: وفي ٣/ ٢٨٩، وكانت تحت عبد فلما أعتقها قال لها رسول الله ﷺ: «إن شئت أن تمكثي تحت هذا العبد، وإن شئت أن تفارقيه» ففارقته. وفي رواية: «إختاري إنْ رضيت أن تكوني تحت هذا العبد، وإن شئت فارقتيه». وأحمد: ٦/ ١٨٠.

(٢) حديث عائشة: سبق تخريجه.

(٣) حديث عائشة: أخرجه ابن حبان (٤٣١١) وابن ماجة (٢٥٣٢) والدارقطني: ٣/ ٢٨٨ وأبو داود (٢٢٣٧) وابن ماجة (٢٥٣٢) والبيهقي: ٧/ ٢٢٢.

يأمر النبيّ ﷺ بتقديم عتق الزوج إلا لفائدة، ولا فائدة إلا سقوط خيار الزوجِ على أنه قد روى أنه قال لها: «ابدأي بالغلام لئلا يكون للزوجة خيارٌ» فكان هذا نصاً صريحاً.

ويدل عليه من طريق القياس: أنها كافأت زوجها في الفضيلة، فوجب أن لا يثبت لها بذلك خيار لو أسلمت تحت مسلم، أو أفاقت تحت عاقل. ولأن ما لم يثبت به الخيار في ابتدأ النكاح، لم يثبت به الخيار في أثناء النكاح كالعماء طرداً، والجب عكساً. ولأن ما لزم من عقود المعاوضات لم يثبت فيه من غير عيب خيار كالبيع.

فأما الجواب عن استدلالهم بقوله: «قد ملكْتِ بضعَكِ فاختاري» فهو أن هذا اللفظ ما نقله غيرهم، ولا وجد إلا في كتبهم، ثم يكون معناه: قد ملكت نفسك تحت هذا العبد فاختاري، فلم يكن له أن تختار نفسها تحت الحر.

وأما قياسهم على الزوج إذا كان عبداً، فالمعنى فيه: نقصه بالرق عن كمالها بالحرية، فلذلك كان عيباً يوجب الخيار، وليس كذلك عتقها مع الحر.

وأما الاستدلالهم بأنه قد ملك عليها بضعها بمهر ملكه غيرها فلا تأثير لهذا المعنى في استحقاق الخيار، لأنها لو كانت مكاتبة وقت العقد فملكت مهرها ثم أعتقت، كان لها الخيار، فبطل أن يكون استحقاقه فيه لهذه العلة. وبطل أن تكون العلة، لأنها قد ملكت بالعتق ما ملك عليها في الرق، لأنها لو أجرت ثم أعتقت لم يكن لها في فسخ الإجارة خيار، فلم يصح التعليل بواحد من الأمرين، فبطل الاستدلال والله أعلم بالصواب.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (فَلهذا واللَّهُ أعلم كان لها الخيارُ إذا أُعتِقَتْ ما لم يصبْها بعد العِتْقِ ولا أعلمُ في تأقِيتِ الخيارِ شيئاً يتبعُ إلا قول حفصة، زوج النبيّ ﷺ: ما لَمْ يمسَّها)[1].

قال الماوردي: وإذا ثبت أن لا خيار لها إذا أعتقت إلا أن يكون زوجها عبداً، فلها أن

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٧. والأثر عن حفصة أخرجه مالك في الموطأ: ٢/ ٥٦٣، عن عروة بن الزبير أن مولاة بني عدي بن كعب يقال لها: زبراء، أنها كانت تحت عبد وهي أمة يومئذٍ عتقت، فأرسلت إليّ حفصة فدعتني فقالت: إني مخبرتُكِ خبراً ولا أحبّ أن تضعي شيئاً، إن أمرك بدك، ما لم يمسّك زوجك، فإن مسّكِ فليس لكِ من الأمر شيء.

وأخرج مالك عن ابن عمر: ٢/ ٥٦٢ في الأمة تكون تحت عبد فتعتق: «أن الأمة لها الخار ما لم يمسّها».
أخرجهما البيهقي: ٧/ ٢٢٥.

تختار الفسخ بحكم حاكم وغير حكمه، بخلاف الفسخ، بالعيوب، لأن خيارها بالعتق تحت عبد متفق عليه، فلم يفتقر إلى حاكم، وخيارها بالعيب مختلف فيه، فافتقر إلى حاكم.

وإذا كان كذلك، فهل يكون خيارها على الفور، أو التراخي، فيه ثلاثة أقاويل:

أحدها: أنه يكون على الفور معتداً بالمكنة لأنه خيار عيب ثبت لرفع الضرر، فاقتضى أن يكون على الفور كالخيار بالعتق في البيوع.

والقول الثاني: إنه ممتد بعد العتق إلى ثلاثة أيام هي آخر حد القليل وأول حد الكثير، واعتباراً في الخيار في المصراة ثلاثاً، وبأنه جعل الخيار خيار ثلاث.

والقول الثالث: إنه على التراخي ما لم يصرح بالرضى، أو تمكن من نفسها، لأن النبيّ ﷺ قال لبريرة لما رأى مغيثاً باكياً: «لو راجعتِهِ فإنه أبُو ولدك»[1] ولعل ذلك كان بعد زمان من عتقها، فلولا امتداد خيارها على التراخي لأبطله.

وقد روى محمد بن خزيمة عن ابن إسحاق، بإسناد رفعه أن النبيّ ﷺ قال لبريرة: «لكِ الخيارُ ما لمْ يُصِبْكِ»[2] وهذا إنْ صح، ولأنه قول ابن عمر، وحفصة[3]، وليس يعرف لهما فيه مخالف، ولأن طلب الأحظّ في هذا الخيار مشقة يحتاج إلى فكر وارتياء، فتراخى زمانه ليعرف بامتداده أحظ الأمرين لها، وخالف خيار العيوب التي لا تشبه الأحظ منها والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وإنْ أصابَها فادَّعَتِ الجهالَةَ ففيها قولان:

أحدهما: لا خيار لها.

والثاني: لها الخيارُ. وهذا أحبُّ إلينا.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) حديث عائشة: أخرجه أبو داود في الطلاق (٢٢٣٦) من طرق محمد بن سلمة عن محمد بن إسحاق، عن أبي جعفر. ولـس محمد بن خزيمة. وبلفظ، «إن قرِبَكِ فلا خيار لكِ». والبيهقي: ٧/ ٢٢٥، والدارقطني: ٣/ ٢٩٤.

(٣) تقدّم الأثر عن حفصة، وابن عمر عند مالك.

قال المزني: قد قطعَ بأن لها الخيارَ في كتابين، ولا معنى فيها لقولَين)[١].

قال الماوردي: وصورتها في أمة عتقت تحت عبد، فمكنته من نفسها، ثم ادعت الجهالة وأرادت فسخ نكاحه، فدعوى الجهالة على ضربين:

أحدهما: أن تدعي الجهالة بالعتق وإنها لم تعلم به حتى مكنت من نفسها، فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يعلم صدقها لبعدها عن البلد الذي فيه سيدها، وقرب الزمان عن أن يصل إليها خبر عتقها، فقولها مقبول، ولها الخيار لأن خيار العيوب لا يبطل بالتأخير إذا جهلت.

والقسم الثاني: أن يعلم كذبها لأنها وجهت بالعتق، أو بشرت به لعلمت أحكامه، فقولها مردود، ولا خيار لها بعد التمكين.

والقسم الثالث: أن يحتمل الأمرين، فالقول قولها مع يمينها، لأن الأصل عدم علمها، وثبوت الخيار فلم يصدق الزوج في إبطاله عليها.

ومن أصحابنا من خرج فيه وجهاً آخر: أن القول فيه قول الزوج، لأن الأصل ثبوت النكاح، فلا يقبل قولها في فسخه مع احتمال تخريجاً من أحد القولين في الجهالة بالحكم.

فصل: والضرب الثاني: أن تدعي الجهالة بالحكم مع علمها بالعتق، فتقول: لم أعلم بأن لي الخيار إذا أعتقت فمكنْتُه من نفسي، وإن كانت عالمة بالعتق فهو أيضاً على الأقسام الثلاثة:

أحدها: أن يعلم أن مثلها لا يعلم لأنها خلية أعجمية، فقولها مقبول، ولها الخيار.

والثاني: أن يعلم أن مثلها يعلم لأنها مخالطة لفقهاء مسائلة للعلماء، فقولها غير مقبول، ولا خيار لها بعد التمكين.

والثالث: أن يحتمل الأمران: أن تعلم، وأن لا تعلم. فإن صدقها الزوج على أن لم تعلم فلها الخيار، وإن أكذبها ففيه قولان:

أحدهما: أن القول قولها مع يمينها اعتباراً بثبوت الخيار لها، وأنه قد يخفى على العامة ولا يكاد يعرفه إلا الخاصة، فلم يقبل قول الزوج في إبطاله.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٧.

والقول الثاني: أن القول قول الزوج مع يمينه ولا خيار لها اعتباراً بلزوم النكاح، فلم يقبل في فسخه.

فأما المزني فاختار الأول، وهو أصح لكنه جعل نص الشافعي عليه في موضعين إبطالاً للثاني. وليس بصحيح، لأنه لما لم يبطل الثاني بذكر الأول، لم يبطل بإعادة الأول. والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (فإن اختارَتْ فراقَهُ ولم يمسَّها فلا صِدَاقَ لها، وإنْ أقامَتْ معه فالصِّداقُ للسيِّدِ، لأنه وَجَبَ بالعقدِ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا خيرت المعتقة تحت عبد، فلها حالتان:

إحداهما: أن يختار الفسخ فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يفسخ قبل الدخول فيسقط مهرها، لأن الفسخ إذا جاء من قبلها قبل الدخول أسقط مهرها كالردة، وكما لو قال لها وهي غير مدخول بها: أنت طالق إن شئت فشاءت، طلقت ولا مهر لها لوقوع الطلاق بمشيئتها.

والضرب الثاني: أن يفسخ بعد الدخول، فالمهر مستقر بالدخول ثم ينظر: فإن كان الدخول قبل العتق وجب المهر المسمى، لأن فسخ النكاح كان لحادث بعد الدخول. وإن كان الدخول بعد العتق وهو أن لا يعلم بالعتق حتى يدخل بها، فيكون لها مهر المثل دون المسمى، لأنه فسخ بسبب قبل الدخول، وإن كان موجوداً بعده فصار العقد مرفوعاً بسببه المتقدم، فلذلك وجب بالعدة في الإصابة مهر المثل، كما قلنا في العيب، ثم يكون هذا المهر للسيد سواء كانت الإصابة قبل العتق أو بعده والله أعلم.

فصل: والحال الثانية: أن يختار المقام والنكاح ثابت، فالصداق على ضربين:

أحدهما: أن يكون مسمى في العقد فهو للسيد دونها، وقال مالك: يكون الصداق لها، وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: أن المهر مستحق بالعقد وإن صار مستقراً بالدخول، والعقد في ملك السيد فوجب أن يكون الصداق له، كما لو عقدته في حريتها كان الصداق لها.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٧.

والثاني: أنه قد يعقد على منافعها بالإجارة تارة، وبالنكاح أخرى، فلما كان لو أجرها ثم أعتقها كانت الأجرة له دونها، كذلك إذا زوجها ثم أعتقها كان الصداق له دونها.

والضرب الثاني: أن تكون مفوضة، لم يسم لها صداقاً حتى عتقت، ففيه قولان مبنيان على اختلاف قولي الشافعي فيما فرض من صداق المفوضة، هل يكون مستحقاً بالعقد، أو بالفرض؟.

فأحد القولين: إنه مستحق بالعقد وإن فرض بعده لأنه بدل من المسمى فيه، فعلى هذا يكون للسيد لاستحقاقه في ملكه كالمسمى.

والقول الثاني: إنه مستحق بالفرض لخلو العقد منه، فعلى هذا يكون للمعتقة لاستحقاقه بعد عتقها.

مسالة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو كانَتْ في عِدَّة طلقةٍ فلها الفسخُ)[1].

قال الماوردي: وصورتها في عبد طلق زوجته الأمة بعد الدخول، فله عليها الرجعة، وقد بقيت معه على طلقة، وصارت كزوجة الحر بعد طلقتين، لأن الحر يملك ثلاثاً والعبد طلقتين، فإن أعتقت هذه الأمة المطلقة في عدتها فلها الفسخ، لأنها في عدة الطلاق الرجعي في حكم الزوجات لوقوع طلاقه عليها، وظهاره وإيلائه منها، فكان لها الفسخ. وإن كانت جارية في فسخ لا ينافي الفسخ وليستفيد بالفسخ قصور أحد العدتين، وإذا كان كذلك فلها بعد عتقها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تختار الفسخ.

والثاني: أن تختار المقام.

والثالث: أن تمسك فلا تختار الفسخ ولا المقام.

فإن اختارت الفسخ كان ذلك لها وهل للزوج أن يراجع بعد الفسخ أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: له الرجعة، لأنه قد ملك الرجعة بطلاقه.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٧.

والوجه الثاني: لا رجعة له، لأن الرجعة تراد للاستباحة، والفسخ قد منع منها، فلم يكن للرجعة تأثير.

فعلى هذا، إن قلنا: إنه لا رجعة له، كان تأثير الفسخ إسقاط الرجعة، لا وقوع الفرقة، لأن الفرقة قد وقعت بالطلاق دون الفسخ أول عدتها من يوم الطلاق في الرق، وقد صارت في تضاعيف حرة، فتكون عدتها على ما مضى من القولين.

أحدهما: عدة أمة اعتباراً بالابتداء.

والثاني: عدة حرة اعتباراً بالانتهاء.

وإن قيل: له الرجعة، فعلى هذا لا يخلو من أحد أمرين:

إما أن يراجع.

وإما أن لا يراجع.

فإن لم يراجع، وقعت الفرقة بالطلاق دون الفسخ، وفي عدتها قولان على ما مضى.

وإن راجع، وقعت الفرقة بالفسخ دون الطلاق، وأولى عدتها من وقت الفسخ، وهي عدة حرة لأنها بدأت بها وهي حرة. وإن اختارت المقام فلا تأثير لهذا الاختيار، لأن جريانها في الفسخ يمنع من استقرار حكم الرضى.

وقال أبو حنيفة: قد بطل خيارها بالرضى، وليس بعد الرجعة أن تفسخ، لأن أحكام الزوجية جارية عليها في حق الزوج إن طلق، فكانت جارية عليها في حق نفسها إن رضيت.

وهذا خطأ، لأن الجارية في عدة الفرقة لا يلزمها حكم الرضى إذا عتقت، كما لو ارتد أو قال: أنت بائن، فإن أبا حنيفة يوافق فيهما إن الرضى غير مؤثر.

فعلى هذا، للزوج أن يراجع لا يختلف، فإن لم يراجع، وقعت الفرقة بالطلاق وكان في عدتها قولان. وإن راجع عادت بالرجعة الزوجية فتكون حينئذ بالخيار بين: الفسخ، أو المقام. لأن ذلك الرضى كان في غير محله، سقط حكمه، فإن اختارت المقام كانا على الزوجية، وإن اختارت الفسخ استأنفت عدة حرة من وقت الفسخ. وإن لم يكن لها وقت اختيار المقام، ولا الفسخ، فهو على ما ذكرنا: من أن للزوج أن يراجع، فإن لم يفعل حتى مضت العدة وقعت الفرقة بطلاقه، وفي عدتها قولان:

وإن راجع، كانت حينئذ بالخيار، فإن فسخت استأنفت من وقت الفسخ عدة حرة.

فصل: فأما إذا كان العبد قد طلقها اثنتين فقد استوفى ما ملكه من طلاقه، فإن أعتقت في العدة لم يكن لها الفسخ، لأنها مبتوتة بالطلاق، فصارت بائناً، وهكذا لو خالعها على طلقة واحدة لم يكن لها الفسخ إذا أعتقت، لأنها بالخلع مبتوتة، وإن بقي لها من الطلاق واحدة.

فصل: وإذا أعتقت الأمة تحت عبد فبادر الزوج فطلقها قبل الفسخ، ففي وقوع طلاقها قولان:

أحدهما: رواه الربيع: أن الطلاق لا يقع، لأن استحقاقها للفسخ يمنع من تصرف الزوج فيها بغير الطلاق، فمنعه من التصرف فيها بالطلاق.

والقول الثاني: نص عليه في الإملاء: إن طلاقه واقع، لأنها قبل الفسخ زوجة وإن استحقت الفسخ والطلاق. وإن كان تصرفاً فهو موافق للفسخ، وإنما يمنع من تصرف يضاده كالاستمتاع، وهذا اختيار ابن سريج. وقال أبو حامد الاسفرائيني: الطلاق موقوف، فإن فسخت بان إنه لم يكن واقعاً، وإن لم تفسخ بان إنه كان واقعاً كطلاق المرتد. والله أعلم بالصواب.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (فإنْ تزوَّجها بعدَ ذلك فهي على واحدةٍ)[1].

قال الماوردي: وصورتها في أمة أعتقت تحت عبدٍ، فإن فسخت نكاحه من غير أن يطلقها جاز بعد الفسخ أن يتزوجها، سواء كانت في العدة أو بعدها، لأن العدة إذا كانت منه منعت من نكاح غيره، ولم تمنع من نكاحه. فإذا نكحها كانت معه على ما يملك من الطلاق الكامل وهو طلقتان، لأن العبد لا يملك أكثر منهما، وليس الفسخ طلاقاً.

وإن كان الزوج قد طلقها قبل فسخها طلقتين، فقد حرمت عليه إلا بعد زوج، كما تحرم على الحر بما بعد ثلاث لاستيفائه ما ملك من الطلاق.

وإن كان الزوج قد طلقها واحدة، فله أن يستأنف نكاحها في العدة وبعدها، سواء فسخت بعد طلاقه أو لم تفسخ، وتكون معه على طلقة واحدة الباقية له من الطلقتين. فلو كان العبد قد أعتق قبل أن يستأنف نكاحها، ففيما يملكه من طلاقها قولان بناء على اختلاف قوليه إذا أعتقت في تضاعيف عدتها:

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٧.

أحدهما: تكون معه على طلقة اعتباراً بما بقي من نكاحه الأول الذي كان فيه عبداً.

القول الثاني: تكون معه على اثنتين اعتباراً بما يملكه في نكاحه الثاني الذي قد صار به حراً.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وعلى السُّلطانِ أن يؤجِّلها أكثرَ من مقامِها)(١).

قال الماوردي: قد ذكرنا أن للمعتقة تحت عبد أن تختار فسخ نكاحه من غير حكم، فإن ترافع الزوجان فيه إلى الحاكم أو السلطان. قال الشافعي رضي الله عنه: فعلى السلطان أن لا يؤجلها أكثر من مقامها. فاختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: أنه جواب منه على القول الذي يجعل خيارها فيه على الفور دون التراخي، فلا يؤجلها أكثر من مقامها للتحاكم فيه، لأنه المعتبر من مكنة الفور. فأما على القول الذي يجعل خيارها إلى ثلاث، أو على التراخي، فليس له قطع خيارها، ولا إبطال ما استحقته من مدته أو من تراخيه.

والوجه الثاني: أنه جواب منه على الأقاويل كلها، لأن الحاكم منصوب للفصل بين الخصوم. فإذا قاضاها الزوج إليه وقال: إما أن تمكّني، أو تفسخي، لم يجز للحاكم أن يهملها، ويذرها معلقة ليست بزوجة ولا مفارقة، فيقول لها: أنتِ وإن كان خيارُكِ ممتداً على التراخي بالتحاكم ثلاثاً والقضاء يفصل، فاختاري تعجيل الفسخ أو الرضا، فإن فسخت في مجلسه وإلا سقط حقها منه. والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وإن كانت صبيَّةً فحينَ تبلُغُ)(٢).

قال الماوردي: وصورتها في أمة صغيرة أعتقت تحت عبد، فقد وجب لها الخيار مع الصغر، لأن ما وجب في العقود من الحقوق استوى في استحقاقه الصغير والكبير كالشفعة، لكن ليس لها قبل البلوغ أن تختار الفسخ، بخلاف التخيير بين الأبوين، والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أنه تخيير يستحق في الصغر فلم يجز أن يفوت بانتظار البلوغ، فخالف العتق.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٧.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٧٧.

والثاني: إنه تخيير لا يلزم به حكم، فجاز أن يكون ممن ليس لقوله حكم، وهكذا ليس لوليها من أب ولا معتق أن يختار عليها، بخلاف الشفعة التي يكون للولي أخذها.

والفرق بينهما: أن في هذا الخيار استهلاكاً ليس في الشفعة، فجرى مجرى استحقاق القود الذي ليس للولي فيه خيار لما تضمنه من الاستهلاك.

فصل: فإذا تقرر أن لا خيار لها ولا لوليها حتى تبلغ، فإذا بلغت كان البلوغ في أول زمان الخيار، فيكون فيه حينئذ ثلاثة أقاويل:

أحدها: أنه على الفور في الحال.

والثاني: إنه ممتد إلى ثلاثة أيام.

والثالث: أنه على التراخي ما لم ترض أو تمكن.

فلو أراد الزوج أن يطأها ما بين عتقها وبلوغها، فالصحيح: أنه يمكن منه، ولا يمنع من إصابتها، لأنها باقية على الزوجية، فلم يعجل تحريمها عليه. وخرج بعض أصحابنا وجهاً آخر: إنه يمنع من إصابتها، لأن استحقاقها للفسخ مغير لحكم ما تقدمه من الإباحة. وهذا الوجه مخرج من القول الذي رواه الربيع: إن طلاق الزوج قبل الفسخ وبعد استحقاقه لا يقع والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولا خيار للأمةِ حتى تكمَل فيها الحريَّة)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح لأن أحكام الرق جارية عليها قبل استكمال الحرية، فإذا عتق بعضها ورق باقيها، فإن قلَّ فَلا خيار لها. وكذلك لو دبرت أو كوتبت، وفي مقابلة ذلك أن يعتق جميعها، وقد أعتق من الزوج بعضه، وإن كثر ورقّ باقيه، وإن قلَّ فلها الخيار في فسخ نكاحه، لأن أحكام الرق جارية عليه ما لم تكمل حريته.

فصل: ويتفرع على هذا الأصل إذا زوجها سيدها بعبد على صداق مائة درهم، ثم أعتقها في مرضه وقيمتها مائة درهم، وخلف معها مائة درهم ولم يدخل الزوج بها، فلا خيار لها بالعتق. وإن كان زوجها عبداً لأن اختيارها للفسخ مفضٍ إلى إبطال العتق والفسخ، لأنها إذا فسخت قبل الدخول بطل صداقها فصارت التركة مائتا درهم، وقيمتها نصفها،

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٧.

فيعتق ثلثاها، ويرق ثلثها. وإذا رق ثلثها بطل خيارها، لأن ما أدى ثبوته إلى إبطاله، وإبطال غيره أبطل ثبوته غيره، فلذلك بطل الخيار، ومضى العتق، ولهذا نظائر قد ذكرناها.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولو أعتقَ قبلَ الخيار فلا خيارَ لها)[1].

قال الماوردي: وصورتها في أمة أعتقت تحت عبد فلم تختر، فسخ نكاحه حتى أعتق: إما بأن لم تعلم بعتقها فيكون خيارها باقياً على الأقاويل كلها، وإما بأن علمت وقيل: خيارها على التراخي دون الفور، ففي بقاء خيارها قولان:

أحدهما: أن خيارها ثابت اعتباراً بوجوبه في الابتداء، فلم يسقط مع زوال سببه إلا بالاستيفاء.

والقول الثاني: نص عليه في هذا الموضع: إنه لا خيار لها. لأن مقصود خيارها إزالة النقص الداخل عليه برقه، وقد زال النقص بعتقه، فلم يبق لاستحقاق الخيار معنى يقتضيه.

فلو أعتق الزوجان في حالة واحدة فلا خيار لها، لاستوائهما في التكافىء بالرق والعتق. ولو أعتق الزوج دونها ففي استحقاقه لفسخ نكاحها بعتقه ورق وجهان:

أحدهما: له الفسخ، ليستحق عليها من الخيار مثل ما يستحقه، فيستويان فيه.

والوجه الثاني: لا خيار له، وإن كان لها الخيار، لأن الزوج يقدر على إزالة الضرر بالطلاق، وهي لا تقدر عليه إلا بالفسخ، فافترقا فيه والله أعلم بالصواب.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٧.

باب أجل العنِّين والخصِيِّ والمَجْبُوب غَيْرَ الخُنْثَى(١)

قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (أخبرنا سفيانُ، عن مَعْمر، عن الزهري، عن ابن المسيب، عن عمر، أنه أجّلَ العنين سنة، وقال الشافعي: ولا أحفظُ عن مُفْتٍ لقيتُه خلافاً، فإنْ جامعَ وإلا فرِّقَ بينهما)(٢).

قال الماوردي: وهذا كما قال، أما العنة فهي العجز عن الوطء للين الذكر وعدم انتشاره، فلا يقدر على إيلاجه، فسمي من به العنة عنيناً، وفي تسميته بذلك تأويلان:

أحدهما: إنه سمي عنيناً للين ذكره وانعطافه، مأخوذ من عنان الفرس للينه.

والتأويل الثاني: إنه سمي عنيناً لأن ذكره يعن عند إرادة الوطء أن يعترض عن يمين الفرج ويساره فلا يلج، مأخوذ من العن وهو الاعتراض، يقال عنّ ذلك الرجل إذا اعترضك من يمينك ويسارك.

والعنة عيب يثبت به للزوجة خيار الفسخ، وهو إجماع الصحابة، وقول جميع الفقهاء، إلا شاذاً عن الحكم بن عتيبة، وداود: إنه ليس بعيب ولا خيار فيه. استدلالاً بأن امرأة رفاعة لما تزوّجت بعبد الرحمن بن الزبير، أتت النبي ﷺ فقالت: إنْ زوجي أبتَّ طلاقي وقد تزوَّجْتُ عبد الرحمن بن الزبير وإنما معه مثل هذْبَةِ الثَّوْبِ فقال لها النبي ﷺ: «تريدين أنْ ترجعي إلى رفاعَةَ لا، حتّى تذوقي عُسَيْلته ويذوق عُسَيْلَتَكِ»(٣)، فلم يجعل العنة فيه عيباً، ولا جعل لها خياراً.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٧. من الجامع. من كتاب قديم، ومن كتاب التعريض بالخطبة.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٧٧، والأثر عن عمر أخرجه البيهقي: ٧/ ٢٢٦ وزاد: «فإن قدر عليها وإلا فرق بينهما». والدارقطني: ٣/ ٣٠٥، وعبد الرزاق (١٠٧٢٠) وزاد: قال معمر: «وبلغني أنه يؤجّل سنة من يوم ترفع أمرها»، وفي (١٠٧٢١) وزاد: «وأعطاها صداقها وافياً».
وأخرج سعيد بن منصور (٢٠٠٩) عن الشعبي، عن عمر: «يؤجّل سنة، فإن قدر عليها وإلا فرّق بينهما». و(٢٠١١) أن عمر كتب إلى شريح: إذا لم يصل إلى امرأته أنه يؤجّله من يوم تدفع إليه سنة، فإن وصل إليها وإلا فرّق بينهما. وأخرج ابن أبي شيبة الأثر: ٣/ ٣٣١ من طريق الحسن عن عمر.

(٣) سبق تخريجه.

وروى هانىء بن هانىء، أن امرأة شكت إلى علي بن أبي طالب، رضي الله عنه، أن زوجها لا ينتشرُ فقال: «ولا عندَ السَّحَر؟» قالت: لا. قال: ما عند أست هذا خيرٌ، ثم قال: «إذهبي فجيئي به، فلما جاءَه رآه شيخاً ضعيفاً فقال لها: إصْبري، فلو شاءَ اللَّهُ أن يبتليَكِ بأكثرَ من هذا لفَعَلَ»[١]، ولم يجعل لها خياراً.

ودليلنا قول الله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ﴾[٢] فلما كان الوطء حقاً له عليها وجب أن يكون حقاً لها عليه، وقال تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[٣] وهي الفرقة، ولأنه إجماع الصحابة حكي ذلك عن عمر، وعلي، وابن مسعود، والمغيرة، وابن عمر، وجابر: إنه يؤجل، فإن أصابها وإلا فرّق بينهما[٤] وليس يعرف لهم في الصحابة مخالف.

فإن قيل: فقد تقدمت الرواية عن عليٍّ بخلاف هذا؟. قيل: تلك الرواية ليست ثابتة، لأن هانىء بن هانىء، ضعيف عند أصحاب الحديث. ولأن تلك لم يكن زوجها عنيناً، لأنه عجز بعد القدرة لضعف الكبر. وقيل: إنها كانت قد عنست عنده، والعنين هو الذي لم يصبها قط. وقد قال الشافعي رحمه الله في إثبات الإجماع: «لا أحفظُ عن مفتٍ لقيته خلافاً».

ولأنه لما وجب لها بالجب خيار الفسخ لفقد الإصابة المقصودة، فكذلك العنة. لأن العنين أسوأ حالاً من المولى، لأن المولى تارك للإصابة مع القدرة، والعنين تارك لها مع العجز، فلما كان لها الفسخ في الإيلاء، فلأن يكون لها في العنة أولى.

---

(١) الأثر عن علي: أخرجه البيهقي: ٦/ ٢٥٦، وعبد الرزاق (١٠٧٣٥) و(١٠٧٣٦) وسعيد بن منصور (٢٠٢٠).

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢٨.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.

(٤) أخرج عبد الرزاق (١٠٧٢٢) عن عمر وابن مسعود قضيا بأنها تنتظر سنة، ثم تعتدّ بعد السنة عدّة المطلقة، وهو أحق بأمرها في عدّتها. و(١٠٧٢٣) عن ابن مسعود: يؤجّل العنين سنة، فإن دخل بها وإلا فرق بينهما.

وأخرج عبد الرزاق (١٠٧٢٥) عن المغيرة بن شعبة: رفع إليه عنّين، فأجّله سنة، وأخرج ابن أبي شيبة: ٣/ ٣٣١ الأثر عن ابن مسعود، والمغيرة. والبيهقي: ٧/ ٢٢٦.

ولأنه لما وجب له الخيار في فسخ نكاحها بالرتق لتعذر الجماع عليه مع قدرته على فراقها بالطلاق، كان أولى أن يجب لها بعنة الزوج، لأنها لا تقدر على فراقه بالطلاق.

فأما الجواب عن حديث امرأة رفاعة فمن وجهين:

أحدهما: أنها شكت ضعف جماعهِ ولم تشك عجزَه عنه، ألا تراه قال لها: «لا حتّى تذوقي عُسَيلته ويذوقَ عُسَيْلتك»[١] ولو كان عاجزاً لما ذاق واحد منهما عسيلة صاحبه. على أنه قد روى هشام بن عروة عن أبيه، عن عائشة، أن النبيّ ﷺ قال لها: «لا حتى تذوقي عُسَيلته ويذوق عسيلتك» فقالت: يا رسول الله فإنه قد جاءني هَنَةً[٢] وفيه معنيان:

أحدهما: الهنة مرة واحدة، قاله ابن وهب.

والثاني: أنه حقبة من الدهر، قاله أبو زيد، وهذا نص في الجواب.

والثاني: إنها ادعت ذلك على زوجها، ولم يكن من الزوج اعتراف بدعواها، بل أنكر عليها قولها فقال: كذبَتْ يا رسولَ اللّهِ، فإني أعركُها عركَ الأديم العُكَاظي[٣].

فصل: فإذا ثبت أن العنة عيب يثبت به خيار الفسخ فهو معتبر بشرطين:

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) حديث عائشة: أخرجه البخاري في الطلاق (٥٢٦٥) قالت: طلق رجل امرأته، فتزوّجت زوجاً غيره فطلّقها وكانت معه مثلُ الهُدبةِ، فلم تصل منه إلى شيء تريده، فلم يلبث أن طلّقها، فأتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، إنّ زوجي طلّقني وإني تزوجت زوجاً غيره فدخل بي، ولـم يكن معه إلا مثلُ الهدبةِ فلم يقرّ بي إلا هَنَةً واحدةً، لم يصل مني إلى شيء، أفأحِلُّ لزوجي الأول؟ فقال: «لا تحلين لزوجك الأول حتى يذوق الآخرُ عُسَيْلتك وتذوقي عُسَيلته».

قال ابن حجر في فتح القدير: ٩/ ٣٧٣: هنة: بفتح الهاء وتخفيف النون، وقال الخليل: هي كلمة يكنى بها عن الشيء يستحيا من ذكره باسمه، قال ابن التين: معناه لم يطأني إلا مرة واحدة، يقال: هن امرأته إذا غشيها. وقيل: المراد بالهنة مرة واحدة.

(٣) أخرجه البخاري في اللباس (٥٨٢٥) عن عكرمة: أن رفاعة طلق امرأته فتزوجها عبد الرحمن بن الزبير، قالت عائشة: وعليها خمار أخضر وأرتها خضرة بجلدها. ما رأيت مثل ما يلقى المؤمناتُ، لجلدُها أشدّ خضرة من ثوبها... وقد أتت رسول الله ﷺ، فجاء ومعه ابنان له من غيرها قالت: والله ما لي إليه من ذنب، إلا أنّ ما معه ليس بأغنى عني من هذه، وأخذت هدبةً من ثوبها، فقال زوجها: كذبت يا رسول الله، إني لأنفضها نفض الأديم ولكنها ناشزٌ تريد رفاعة... قال ابن حجر: ١٠/ ٢٨٢، وقوله: لأنفضها نفض الأديم: كناية بليغة في الغاية من ذلك، لأنها أوقع في النفس من التصريح، لأن الذي ينفض الأديم يحتاج إلى قوة ساعد وملازمة طويلة...

أحدهما: أن لا يكون قد أصابها قط، فإن أصابها مرة زال عنه حكم العنة لما سنذكره.

والثاني: أن لا يقدر على إيلاج حشفة الذكر، فإن قدر على إيلاج الحشفة وإن استعان بيده، زال عنه حكم العنة. فإذا تكامل الشرطان وتصادق عليها الزوجان، لم يتعجل الفسخ بها، وأجل الزوج لها سنة كاملة بالأهلة. وحكي عن مالك: أنه يؤجل نصف سنة، وحكي عن الحارث بن أبي ربيعة: إنه يؤجل عشرة أشهر[1]، وحكي عن سعيد بن المسيب: إنها إن كانت حديثة العهد معه أجل لها سنة، وإن كانت قديمة العهد معه أجل لها خمسة أشهر[2].

وكل هذه الأقاويل فاسدة لا يرجع التقدير فيها إلى أصل من جهة، وتقديره أجله بالنسبة أولى من وجهين:

أحدهما: أنه مروي عن عمر: أنه أجَّل العنيـن سنة[3] وعمر لا يفعلُ هذا إلا عـن توقيف يكون نصاً أو عن اجتهاد شاور فيه الصحابة، لأنه كان كثير المشورة في الأحكام، فيكون مع عدم الخلاف إجماعاً، وإذا تردد بين حالي نص أو إجماع لم يجز خلافه.

والثاني: أن تأجيل العنين إنما وضع ليعلم حاله: هل هو من مرض طارىء فيرجى زواله، أو من نقص في أصل الخلقة فلا يرجى زواله؟ فكانت السنة الجامعة للفصول الأربعة أولى أن تكون أجلاً معتبراً، لأن فصل الشتاء بارد رطب، وفصل الصيف حار يابس، وفصل الربيع حار رطب، وفصل الخريف بارد يابس، فإذا مر بالمرض ما يقابله من فصول السنة ظهر وكان سبباً لبرئه.

فإن كان من برد ففصل الحر يقابله، وإن كان من حر ففصل البرد يقابله، وإن كان من رطوبة ففصل اليبوسة يقابله، وإن كان من يبوسة ففصل الرطوبة يقابله، وإن كان مركباً من نوعين، فما خالفه في النوعين هو المقابل له.

فإذا مضت عليه الفصول الأربعة وهو بحاله لم يكن مرضاً لما قيل عن علماء الطب:

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور (٢٠١٦)، وابن أبي شيبة: ٣/ ٣٣١.

(٢) أخرج ابن أبي شيبة: ٣/ ٣٣١ عن ابن المسيب: يؤجل العنين والذي يؤخذ عن امرأته سنة، وفي: ٣/ ٣٣٣ عن سعيد بن المسيب قال: لها الصداق.

(٣) سبق تخريجه.

أنه لا يستمر الداء في الجسم أكثر من سنة. وعلم حينئذ أنه نقص لازم لأصل الخلقة، فصار عيباً يوجب الخيار.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من حكم العنة وأجلها، فقد اختلف أصحابنا بما تثبت العنة ادعتها الزوجة على ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول أبي إسحاق المروزي: أنها لا تثبت إلا بإقراره، أو بينة على إقراره، فيكون الإقرار وحده معتبراً في ثبوتها.

والوجه الثاني: وهو قول أبي سعيد الاصطخري: إنها تثبت بإقراره وبنكوله بعد إنكاره، ولا يراعى فيه يمين الزوجة، لأنها لا تعرف باطن حاله فتحلف.

والوجه الثالث: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وأكثر أصحابنا، وحكاه أبو حامد الاسفرائيني، ولم يحك ما سواه: أنها تثبت بإقراره أو بيمين الزوجة بعد نكوله وإنكاره، ولا يثبت إن لم تخلف بعد النكول، ولا يمنع على معيب بالأمارات الدالة على حاله، كما تحلف على كنايات القذف والطلاق إذا أنكر ونكل والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (فإن قُطِعَ من ذَكَره وبقيَ منه ما يقعُ موقعَ الجُمَاع)[1].

قال الماوردي: أما إن كان مقطوع الذكر بأسره فهو المجبوب، ولها الخيار في وقتها من غير تأجيل، لأن جماعه مأيوس منه، فلم يكن للتأجيل معنى ينتظره. فإن رضيت بجبه ثم سألت أن يؤجل للعنة، لم يجز لاستحالة الوطء مع الجب الذي وقع به الرضا، وإن كان بعض ذكره مقطوعاً فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يكون الباقي دون قدر الحشفة لا يقدر على إيلاجه فهذا كالمجبوب، ولها الخيار في الحال من غير تأجيل.

والضرب الثاني: أن يبقى منه قدر الحشفة ويقدر على إيلاجه ففيه قولان:

أحدهما: إنه ليس بعيب في الحال، لأنه يقدر على إيلاجه فجرى مجرى الذكر الصغير، إلا أن يقترن به عنة فيؤجل لها أجل العنة.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٨.

والقول الثاني: أنه عيب في الحال وإن لم يكن معه عنة لنقص الاستمتاع عن حال الذكر السليم، فإن رضيت بقطعه وأرادت تأجيل العنة أجّل.

والضرب الثالث: أن لا يعلم قدر باقيه، هل يكون كقدر الحشفة إن انتشر يقدر على إيلاجه؟ أو يكون أقل فلا يقدر على إيلاجه؟ فقد اختلف فيه أصحابنا على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: إنه يجري عليه حكم أكثر الأمرين، وأن الباقي منه كقدر الحشفة استصحاباً لحاله الأولى، ولا يكون لها الخيار في أصح القولين عاجلاً إلا أن يؤجل لها أجل العنة كالضرب الثاني.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أنه يجري عليه حكم أقل الأمرين، وأن الباقي منه أقل من قدر الحشفة، فيكون لها الخيار في الحال تغليباً لحكم القطع دون العنة، كالضرب الأول.

فصل: وأما الخصي فهو الذي قطعت انثياه مع الوعاء. وأما المسلوت فهو الذي أسلت انثياه من الوعاء، وأما الموجر فهو الذي تصبب انثياه في الوعاء، وحكم جميعهم سواء. وهل يكون عيباً يتعجل به فسخ النكاح؟ فيه قولان مضيا.

فإن جعل عيباً تعجل به الفسخ من وقته، فإن رضيت به الزوجة وأرادت تعجيله للعنة أجل لها، بخلاف المجبوب لإمكان الوطء منه واستحالته من المجبوب.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (أو كان خنثى يبولُ من حيثُ يبولُ الرَّجُلُ)[1].

قال الماوردي: للخنثى حالتان: مشكل وغير مشكل، فأما المشكل: فيأتي.

وأما غير المشكل فهو أن يبول من ذكره دون فرجه، فيكون رجلاً يصح أن يتزوج امرأة. وهل يكون زيادة فرجه عيباً فيه يوجب الفسخ والخيار؟ فيه قولان مضيا.

فإن لم يجعل عيباً أجل للعنة إن ظهرت به، وإن جعل كان لها أن تتعجل به الفسخ، فإن رضيت به وظهر عنته أجل لها، لأن نقصه بالعنة غير نقصه بالجنون. والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (أو كان يصيبُ غيرَها ولا يصيبُها)[2].

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٨.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٧٨.

قال الماوردي: اعلم أن لا يخلو حال من له أربع زوجات من ثلاثة أقسام.

إما أن يعرّ من جميعهن وكان يطأهن كلهن، انتفت عنه العنة.

أو لم يعرّ من جميعهن وكان يطأهن كلهن، فلا خيار.

وإن عر من جميعهن فلا يطأ واحدة منهن، فإذا سألن تأجيله أجل لهن حولاً، لأنها مدة يعتبر بها حاله، فاستوى حكمها في حقوقهن كلهن. فإذا مضت السنة كان لهن، فإن اجتمعن على الفسخ كان ذلك لهن، وإن افترقن أجرى على كل واحدة حكم اختيارها.

وإن عر بعضهن دون بعض، فوطيء اثنتين ولم يطأ اثنتين، ثبتت عنيته فيمن امتنع من وطئها، وإن سقطت عنيته في جميعهن، ولا خيار لمن لا يطأها منهن، لأنه لا يجوز أن يكون عنيناً وغير عنين.

وهذا خطأ، لأنه ليس يمنع أن تلحقه العنة من بعضهن لما في طبعه من الميل إليهن وقوة الشهوة لهن، تختص كل واحدة منهن بحكمها معه.

فصل: وإذا أخبرها الزوج إنه عنين فنكحت على ذلك، ثم أرادت بعد العقد تأجيله للعنة وفسخ النكاح بها، ففيه قولان:

أحدهما: أنه قال في القديم: ليس لها ذلك، كما لو نكحته عالمة بعين ذلك من عيوبه.

والقول الثاني: قاله في الجديد: لها الخيار، بخلاف سائر العيوب لأن العنة قد تكون في وقت دون وقت، ومن امرأة دون امرأة، وغيرها من العيوب يكون في الأوقات كلها ومن النساء كلهن.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (فسألَتْ فرقتَهُ أُجِّلَ سنةً من يوم ترافَعَا إليه)[1].

قال الماوردي: اعلم أن استحقاق الخيار بالعنة وتأجيل الزوج فيه لا يصار بحكم، لأن الخيار مستحق باجتهاد، وتأجيل السنة عن اجتهاد، وما وجد ثبوته من طريق الاجتهاد دون النص والإجماع لم يستقر إلا بحكم حاكم.

فإن علمت المرأة بعنة الزوج كان حقها في مرافعته إلى الحاكم على التراخي دون

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٨.

الفور، لأنه قبل التأجيل عيب مظنون، وليس بمتحقق. فإن أخرت محاكمته سنة رافعته إلى الحاكم، استأنف لها الحول من وقت الترافع إليه، لم يحتسب بما مضى منه مدة الإيلاء، لأن تلك نص، وهذا عن اجتهاد.

فلو أقر لها عند الحاكم بالعنة أجله لها، ولم يعجل الفسخ بإقراره لأمرين:

أحدهما: أن الفسخ يؤجل لسنة، فلم يجز أن يعجل قبلها.

والثاني: إنه ربما زالت عنه العنة، فلم يجز فسخ النكاح بها. والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (إذا تزوَّجَ الرَّجُلُ امرأةً ولم يُصِبْها في نكاحِه)[1].

قال الماوردي: فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون عن عنة.

والثاني: بغير عنة.

فإن كان لعنة كان على ما مضى من تأجيله لها سنة إذا حاكمه، فإن أصابها في السنة أو بعدها، أو قبل الفسخ، مرة واحدة سقط حقها من الفسخ، لارتفاع عنته بالإصابة. فلو تركها بعد تلك الإصابة سنين كثيرة لم يمسها، فلا مطالبة لها. وحكى عن أبي ثور: أنه يؤجل لها ثانية.

وهذا خطأ، لأنها قد وصلت بإصابة المرة الواحدة إلى مقصود النكاح من تكميل المهر وثبوت الحضانة، ولم يبق إلا تلذّذ الزوج بها، وتلك شهوة لا يجبر عليها. والله أعلم.

فصل: وإذا بذل الزوج إصابتها بغير عنة، فقد اختلف أصحابنا: هل يجب عليه إصابتها مرة، أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق: إنه قد يجوز أن يتزوج المجنون الذي لا يقدر على الوطء، والقرناء التي لا يمكن وطؤها، ولو وجب الوطء لما جاز إلا نكاح من يمكنه الوطء، وإن لم يكن وطئها.

---

(١) لم أجد هذه العبارة في الباب المذكور.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: إنه يجب عليه أن يطأها مرة واحدة في نكاحه لأمرين:

أحدهما: إنه لما كان لها في العيوب المانعة من الوطء دل على وجوب الوطء.

والثاني: أن مقصود النكاح من تكميل المهر والحضانة وطلب الولد لا يحصل إلا بالوطء، فاقتضى أن يجب في الوطء.

فإن قيل بالوجه الأول: إنه يجب، فلا خيار لها ولا تأجيل. وإذا قيل بالوجه الثاني: إنه يجب، فإن كان معذوراً بمرض أو سفر أنظر بالوطء إلى وقت مكنته، كما ينظر بالدين من إعساره إلى وقت يساره.

وإن كان غير معذور أخذه الحاكم إذا رافعته الزوجة إليه بالوطء أو الطلاق، كما يأخذ المولي بهما ولم يؤجله، لأنه ليس بعنين، ولا يطلق عليه الحاكم بخلاف المولي في أحد القولين. بل يحبسه حتى يفعل أحد الأمرين: من الوطء، أو الطلاق. فإذا وطئها مرة سقط لها مطالبته بالفرقة، لقول الله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[1].

ودليلنا: قول الله تعالى: ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾[2] فمن درجة الرجل على المرأة أن يلزمها إجابته إذا دعاها إلى الفراش، ولا يلزمه إجابتها. ولأنه لما كان رفع العقد بالطلاق إليه دونها، كان الوطء فيه حق له دونها. ولأنه لما كان الوطء في ملك اليمين إليهن حقاً للمالك دون المملوك، كان الوطء في النكاح حقاً للناكح دون المنكوحة. والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (ولا تكونُ إصابةٌ إلا أنْ يغيِّبَ الحشفةَ أو ما بقي من الذَّكَر في الفَرْج)[3].

قال الماوردي: وهذا كما قال، الإصابة التي يسقط بها حكم العنة هي تغيب الحشفة في القبل حتى يلتقي الختانان، فيجب الغسل، سواء أنزل أو لم ينزل، لأنها الإصابة التي يكمل بها المهر المسمى في النكاح، ويجب لها مهر المثل في الشبهة، والحد في الزنى.

هذا إذا كان الذكر باقي الحشفة، ولا اعتبار بتغيب ما بعد الحشفة. فأما إذا كان مقطوع الحشفة ففيما يعتبر من تغيبه من بقية الذكر وجهان:

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٢٨.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢٨.

(٣) مختصر المزني، ص: ١٧٨.

أحدهما: يعتبر أن يغيب باقيه قدر الحشفة ليكون بدلاً منها، فيسقط به حكم العنة، كما سقط بها.

والوجه الثاني: إنه يعتبر تغييب باقيه كله، وهو ظاهر قوله ها هنا. لأن الحشفة حد ليس في الباقي، فصار جميع الباقي حداً.

فصل: فأما الوطء في الدبر فلا يسقط به حكم العنة لأنه محظور لا يستباح بالعقد فلم يسقط به حكم الوطء المستحق بالعقد. ولو وطئها في الحيض والإحرام سقط به حكم العنة، وإن كان محظوراً لأنه في المحل المستباح بالعقد.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وإنْ لم يصبْها خيَّرها السُّلطانُ، فإنْ شاءَتْ فراقَهُ فسخَ نكاحَها بغيرِ طلاقٍ، لأنه إليها دونه)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا مضت للعنين سنة من حين أجل، فهي على حقها ما لم ترفعه إلى الحاكم. وليس يلزم تعجيل محاكمته بعد السنة على الفور، بخلاف الفسخ في العيوب، لأن تمكينها للزوج من نفسها في العيوب يمنع من الفسخ، فكان الإمساك كذلك إن حاكمها الزوج في عسر إلى الحاكم لم يكن له ذاك، لأنه حق عليه هو مأخوذ به، وليس بحق له فيطالب به.

فإذا رافعته إلى الحاكم بعد سنة، تعيَّن حينئذ زمانُ خيارها، فيعرض عليها الحاكم الفسخ، وليس لها أن تنفرد بفسخه عنده لأنه فسخ بحكم، والحكم إليه دونها، لكن يكون الحاكم مخيراً: بين أن يتولاه بنفسه، وبين أن يرد ذلك إليها لتتولاه بنفسها، فيكون هو الحاكم به وهي المستوفية له. فإذا وقعت الفرقة بينهما، كانت فرقة ترفع العقد من أصله ولم يكن طلاقاً، فإن عاد فتزوجها كانت معه على ثلاث.

وقال مالك، وأبو حنيفة: تكون الفرقة طلاقاً ولا تكون فسخاً، وهذا خطأ لأنها فرقة من جهتها، والطلاق لا يكون إلا من جهته، فأشبهت الفرقة بالإسلام والردة، والفسخ بالجنون والجب.

فصل: فإذا تقرر أنه فسخ وليس بطلاق، فلا مهر لها، ولا عدة عليها، وقال أبو حنيفة ومالك: لها المهر وعليها العدة.

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٨.

وهذا عندنا ليس بصحيح، لا يكمل المهر وتوجب العدة بالإصابة، ولم يكن من العنين الإصابة، ولا تستحق نصف المسمى. ولأنه في المتعة لم يكن مسمى، لأنه فسخ من جهتها، فأسقط مهرها ومتعتها. والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (فإذا أقامَتْ معه فهو تَرْكٌ لحقِّها)(١).

قال الماوردي: قد مضى الكلام في الفسخ وإنه لا يصح إلا بشرطين:

أحدهما: انقضاء السنة.

والثاني: حكم الحاكم.

فأما الرضا فهو اختيار المقام، فلا يفتقر إلى حكم لأنه بعقد سابق لا يفقر إلى حكم، فلم يكن المقام عليه مفتقر إلى حكم. وهل يفتقر الرضا في لزومه إلى انقضاء الأجل أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: يفتقر الرضا إلى انقضاء الأجل، فإن رضيت قبل انقضائه لم يلزم، لأن الرضا إنما يكون بعد استحقاق الفسخ، وهي قبل انقضاء الأجل لم تستحق الفسخ، فلم يلزمها الرضا كالأمة إذا رضيت برق زوجها قبل عتقها، لم يلزمها الرضا بوجوده قبل استحقاق الفسخ.

والوجه الثاني: إنه لا يفتقر إلى انقضاء الأجل ويصح الرضا قبله وبعده، لأن الأجل مضروب لظهور العنة، فكان الرضا مبطلاً للأجل المضروب لها. وإذا بطل الأجل لزم العقد والرضا إن كان في غير مجلس الحاكم، لأنه لا يكون إلا بصريح القول، وكان أيضاً بأن يعرض الحاكم عليها الفسخ ولا يختار، فيكون تركها لاختيار الفسخ رضا منها بالمقام. والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (فإنْ فارقَها بعد ذلك ثم راجَعَها في العدّة، ثم سألَتْ أنْ يُؤَجِّلَ لم يكنْ ذلك لها. قال المزني: وكيفَ يكونُ عليها عدّة، ولم يكن إصابَةٌ؟ وأصل قوله: لو استمتعَ رجُلٌ بامرأةٍ وقالَتْ: لم يُصِبْني فطلَّقَها، فلها نصفُ الصَّداقِ ولا عدَّة عليها)(٢).

قال الماوردي: وصورتها في عنين أجل لزوجته، ثم رضيت بعد الأجل بعنته،

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٨.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٧٨.

فطلقها، ثم راجعها في العدة، فسألت بعد رجعته أن يؤجل لها ثانية، لم يجز لأن المرتجعة روجعت بالنكاح الأول وقد أجل فيه مدة فرضيت، فلم يجز أن يؤجل ثانية لأنه عيب إذا رضيت به في نكاح لزم كما يلزمها إذا رضيت بجبه وجنونه. وهو بخلاف الإعسار بالنفقة إذا رضيت به في نكاح ثم عادت فيه تطلب الفسخ، كان لها، لأن الإعسار ليس بلازم، وقد ينتقل منه إلى اليسار، كما ينتقل من يسار إلى إعسار، وخالف العنة التي ظاهر حالها الدوام.

فأما المزني فإنه اعترض على الشافعي في المسألة اعتراضاً متوجهاً فقال: قد تجتمع الرجعة والعنة في نكاح واحد، وهو أن وطئها يثبت الرجعة والعنة في نكاح واحد وسقطت العنة، وإن لم يطأها ثبت العنة، ويطلت الرجعة والعنة. فاختلف أصحابنا في الجواب على ثلاثة طرق:

أحدها: وهو قول أبي حامد المروزي: أن المسألة خطأ من الناقل لها عن الشافعي رحمه الله، فنقل عنه ما ليس من قوله، أو سها عن شرط زيادة حل من نقله، فأوردها المزني كما وجدها في النقل لها عن الشافعي، فاعترض بما هو صحيح متوجه.

والثاني: أن الشافعي فرع المسألة في الجديد على مذهبه في القديم: أن الخلوة يكمل بها المهر وتجب بها العدة، فصحت معها الرجعة ولم يسقط بها حكم العنة، وهذا الجواب غير سديد من وجهين:

أحدهما: لن يفرعه في كل زمان إنما هو على موجب مذهبه فيه، فلا يصح أن يفرع في الجديد على مذهب قد تركه وإن كان قابلاً به في الجديد.

والثاني: أن أبا حامد المروزي قال: وجدت الشافعي في القديم قال: إن الخلوة تكمل بالمهر ولا يجب بها العدة، فبطل أن يصح معها الرجعة.

والجواب الثالث: وهو جواب الأكثرين من أصحابنا: إنه قد يمكن على مذهب الشافعي في الجديد، أن تجب العدة وتصح الرجعة، ولا يسقط حكم العنة وذلك من وجوه:

أحدها: أن يطأ في الدبر فيكمل به المهر وتجب به العدة وتصح فيه، ولا يسقط حكم العنة.

والثاني: أن يطأ في القبل فيغيب بعض الحشفة وينزل ماؤه فيه، فتجب به العدة، ويكمل به المهر، ولا يسقط حكم العنة، لأنه إنما سقط بتغيب جميع الحشفة.

والثالث: إن استدخل ماؤه من غير وطء، فتجب به العدة، ويستحق معه الرجعة، ولا تسقط به العنة، وفي هذا عندي نظر، لكن قد قاله أصحابنا وفرعوا عليه، فقالوا: لو أنزل قبل نكاحها واستدخلته بعد نكاحها، لم تعتد منها في حال الإنزال لم تكن زوجة، وإن كانت وقت الإدخال زوجة. وإنما أوجبوا فيه العدة، وألحقوا منه الولد إذا كانت في حالتي إنزاله واستدخاله زوجة.

فصل: فأما إذا طلقها بعد الأجل والرضا طلاقاً بائناً منه، ثم استأنف نكاحها بعقد جديد، فسألت أن يؤجل فيه العنة ففيه قولان:

أحدهما: قاله في القديم: لا يجوز أن يؤجل لها ثانية، وإن كانت في عقد ثان، كما لا يجوز في نكاح واحد. وهكذا لو أنها فسخت نكاحه الأول بالعنة من غير طلاق، ثم تزوجته، لم يؤجل لها في النكاح الثاني لأن علمها بعنته كعلمها بجذامه وبرصه، وهي لا يجوز إذا نكحته بعد العلم به أن تفسخ فكذلك في العنة.

القول الثاني: قاله في الجديد: إنه يؤجل لها في النكاح الثاني. لأن لكل عقد حكماً بنفسه، وليست العنة من العيوب اللازمة، وقد يجوز زوالها فجرى مجرى الإعسار بالنفقة التي يرجى زوالها، ويعود استحقاق الفسخ بها.

ولكن لو أصابها في النكاح الأول فسقط بإصابته حكم العنة، ثم طلقها متزوجها، ثم حدثت به العنة في النكاح، أجل لها قولاً واحداً لأن حكم عنته الأولى قد ارتفع بإصابته، فصارت مستأنفة نكاح من ليس بعنين، فإذا ظهرت به العنة أُجِّل. والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وَلو قالَتْ: لم يُصِبْني، وقال هو: أصبْتُها، فالقول قوله، لأنها تريدُ فسخَ نكاحِه وعليه اليمينُ. فإنْ نكل وحلفَتْ فرّقَ بينهما، وإنْ كانَتْ بكراً أَرَتْها أربعاً من النِّساءِ عدولاً، وذلكَ دليل على صدْقِها. فإنْ شاءَ أحلفَها، ثم فرّقَ بينهما. فإن نَكَلتْ وحلَفَتْ، أقام معها وذلك أنَّ العذرةَ قد تعودُ فيما يزعمُ أهلُ الخبرة بها، إذا لم يبالِغْ في الإصابَةِ)[1].

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٨.

قال الماوردي: وصورتها أن يختلف الزوجان في الإصابة بعد أجل العنة، فتقول الزوجة: لم يصبني فلي الفسخ، ويقول الزوج: قد أصبتها فلا فسخ لها. فلا يخلو حالها من أحد أمرين: إما أن تكون بكراً، أو ثيباً.

فإن كانت ثيباً، فالقول قول الزوج في الإصابة مع يمينه، ولا خيار لها، لأن ثبوت النكاح يمنع من تصديق قولها في فسخه. فإن حلف سقط خيارها، وإن نكل ردت اليمين عليه. فإن حلفت كان لها الخيار وفرق بينهما، وإن نكل فلا خيار لها والنكاح بحاله، وهذا قول الفقهاء.

وقال مالك، والأوزاعي: يؤمر الزوج بمعاودة خلوتها وتقربها وقت الجماع امرأة ثقة.

وقال الأوزاعي: امرأتان، فإن خرج نظرتا فرجها، فإنْ بان مني الرَّجُلِ كان القولُ قوله، وإن لم يبن ماؤه كان القول قولها.

وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: إن اختلافهما في إصابة تقدمت، فلم يدل عليها ما حدث بعدها.

والثاني: إن وجود الماء وعدمه لا يدل على وجود الإصابة وعدمها، لأنه قد ينزل ولا يولج، وقد يولج ولا ينزل، وحقها متعلق بالإيلاج دون الإنزال. وحكي أن امرأة ادَّعتْ عنة رجل عند سَمُرة بن جندب، واختلفَ في الإصابة، فكتبَ بها إلى معاوية، فسأله عنها، فكتبَ إليه معاويةُ: زوِّجْهُ امرأةً ذات جمالٍ وحسنٍ تُوصَفُ بدينٍ وسترٍ، وسُقْ إليها مهرها من بيتِ المالِ لنختبرَ حالَهُ، ففعلَ سَمُرة ذلك فقالت المرأة: لا خيرَ عنده، فقال سمرة: ما دنا قالت: بلى، ولكن جاءَ شرُّه[1] أي أنزل قبل الإيلاج.

وهذا مذهب لمعاوية ليس عليه دليل، ولا له في الأصول نظير، وقد يجوز أن يكون الرجل عنيناً في وقت وغير عنين في وقت.

فإن قيل: فإذا بطل هذان المذهبان، كان مذهبهم أبطل من وجهين:

أحدهما: أنكم قبلتم به قول المدعي دون المنكر، والشرع وارد بثبوت قول المنكر.

---

(١) الأثر عن معاوية: أخرجه البيهقي: ٧/ ٢٢٨.

والثاني: إنه لو ادعى إصابة المطلقة ليراجعها وأنكرته، كان القول قولها دونه كان في العنة، كذلك لأن الأصل أن لا إصابة.

قيل: الجواب عن هذا إن ما ذكرناه من العلة في قبول قوله يدفع هذا الاعتراض، وهو أن الأصل ثبوت النكاح وهي تدعي بإنكار الاصابة استحقاق فسخه، فصارت هي تدعيه وهو ينكر، فكان مصير هذا الأصل يوجب قبول قوله دونها، على أن يعذر إقامة البينة فيه، جاز أن يقبل فيه قول مدعيه إذا كان معه ظاهر يقتضيه كالموت في دعوى القتل.

فأما دعواه الإصابة في الرجعة، فالفرق بينهما وبين دعوى الإصابة في العنة من وجهين:

أحدهما: أن دعوى الإصابة في الرجعة يبقى ما أوجبه الطلاق من التحريم، ودعوى الإصابة في العنة يثبت ما أوجبه النكاح في اللزوم فافترقا.

والثاني: إنه ادعى الإصابة في العنة مع بقاء نكاحه، فصار كالمدَّعي لما في يده، ودعواه الإصابة في الرجعة بعد زوال نكاحه، فصار كالمدعى لما في يد غيره فافترقا.

فصل: وإن كانت بكراً، إما بأن يعترف لها بالبكارة، وإما أن ينكرها وشهد بها أربع نسوة عدول، فيكون القول قولها في إنكار الإصابة، لأن البكارة ظاهر يدل على صدقها، فزالت عن حكم البنت التي لا ظاهر معها.

فإن قيل: أفله إحلافها؟ قيل: إن لم يدع عود بكارتها فلا يمين عليها، وإن ادعى عود البكارة بعد زوال العذرة، فإذا لم يبالغ في الإصابة فتصير هذه الدعوى محتملة، وإن خالفت الظاهر فيكون القول قولها مع يمينها، فإن حلفت حكم لها بالفرقة، وإن نكلت ردت اليمين عليه، فإن حلف سقط حقها من الفرقة، وإن نكل عنها ففيه وجهان:

أحدهما: يقبل قولها وإن لم يحلف، ويحكم لها بالفرقة. كما لو ادعى وطئها وهي ثيب، ونكل من اليمين ردت اليمين عليها فنكلت، حكم بقوله في سقوط العنة، وإن لم يحلف.

والوجه الثاني: وهو أظهر، أنه لا يقبل قولها في الفرقة بغير يمين مع نكول الزوجة.

والفرق بينهما: أن الزوج يستصحب لزوم متقدم، فجاز أن يقبل قوله فيه، والزوجة تستحل حدوث فسخ طارىء فلم يقبل قولها فيه والله أعلم.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وللمرأة الخيارُ في المجبُوبِ، وغيرِ المجبوب من ساعتها، لأن المجبوبَ لا يجامعُ أبداً، والخصيُّ ما ضعُفَ[١] عن الرِّجالِ، وإنْ كانَ له ذكرٌ إلا أنْ تكونَ قد علِمَتْ فلا خيار لها)[٢].

قال الماوردي: قد ذكرنا، إنه إذا بان الزوج مجبوباً فلها الخيار، وإن خصي فعلى قولين:

وإذا كان ذلك فلها الخيار في المجبوب من ساعته ولا يؤجل لها، لأنه مأيوس من جماعة، فلم يكن للتأجيل تأثير. وخالف المرجو جماعة، والمؤثر تأجيله، فلو رضيت بجبه ثم سألت أن يؤجل للعنة، لم يجز لتقدم الرضا بعنته.

وأما الخصي فإن قيل: إن الخصاء يوجب الخيار في أحد القولين، فلها أن تتعجل من غير تأجيل كالمجبوب.

وإن قيل: لا خيار لها في القول الثاني، أو قيل: لها الخيار، فاختارت المقام ثم سألت تأجيله للعنة، أجل بخلاف المجبوب، لأن الإصابة من الخصي ممكنة، ومن المجبوب غير ممكنة، فافترقا في تأجيل العنة.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وإنْ لم يجامِعْها الصبيُّ أُجِّلَ. قال المزني: معناه عندي صبيٌّ قد بلغَ أنْ يجامعَ مثلُه)[٣].

قال الماوردي: وهذه المسألة وهم المزني في نقله، ولو لم يجامعها الصبي أجل. وهذا وهم منه لأن الشافعي قال: ولو لم يجامعها الخصيُّ أُجِّلَ وقد نقله الربيع في كتاب الأم. على هذا الوجه. فعدل بالمسألة عن الخصي إلى الصبي، إما لتصحيف منه، أو لسهو الكتاب، وإما زلله في التأويل فإنه قال: معناه عندي «صبي قد بلغ أن يجامع مثله» والصبي لا تصح عنته سواء راهق فأمكن أن يجامع، أو كان غير مراهق لا يمكنه أن يجامع لأمرين:

أحدهما: إن غير البالغ عاجز بالصغر دون العنة، فلا يدل عجزه على عنته.

والثاني: إنه لا يعرف مكنته إلا بإقراره، وإقراره غير مقبول ما لم يبالغ، فانتفى عنه من هذين الوجهين أن يجري عليه حكم العنة، وإذا كان كذلك أن المراد هو الخصي فقد ذكرناه.

---

(١) في مختصر المزني: والخصي ناقص عن الرجال.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٧٨.

(٣) مختصر المزني، ص: ١٧٨.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وإنْ كان خنثَى يبولُ من حيثُ يبولُ الرَّجُلُ، فهو رجلٌ يزوَّجُ امرأةً وإنْ كانت هي تبولُ من حيثُ تبولُ المرأة، فهي امرأة تتزوَّجُ رجلاً، وإن كانْ خنثى مشكلاً لم يزوَّج، وقيل له: أنتَ أعلمُ بنفسِك وأيُّهما شِئْتَ انكحناكَ عليه، ثم لا يكونُ لكَ غيره أبداً. قال المزني: فبأيهما تزوج وهو مشكِلٌ، فإن لصاحبه أن يختارَ لنقْصهِ، قياساً على قوله في الخنثى له الذَّكرُ، فيه الخيارُ لنقصه)[١].

قال الماوردي: فأما الخنثى فهو الذي له ذكر وفرج امرأة، فالذكر يختص بالرجل، والفرج يختص بالمرأة، وليس يخلو. وإن كان مشتبه الحال من أن يكون رجلاً أو امرأة، قال الله تعالى: ﴿وَخَلَقْنَاكُمْ أَزْوَاجاً﴾[٢] يعني: ذكوراً وإناثاً.

فإذا جمع الخنثى بين آلة الذكر والأنثى، وجب أن يعتبر منه ما هو مختص بالعضوين وهو البول، لأن الذكر مخرج بول الذكر، والفرج مخرج بول المرأة. وإن كان يبول من ذكره وحده فهو رجل، والفرج عضو زائد. وإن كان يبول من فرجه فهي امرأة، والذكر عضو زائد. روى الكلبي، عن أبي صالح عن ابن عباس، أن النبيّ ﷺ قال في الذي له ما للرجل وما للنساء: إنه يورّثُ من حيثُ يبولُ[٣] وقضى علي بن أبي طالب رضوان الله عليه، في العراق بمثل ذلكَ في خنثى رُفع إليه[٤].

فإن كان يبول منهما جميعاً، فعلى أربعة أقسام:

أحدها: أن يسبق أحدهما وينقطعا معاً، فالحكم للسابق لقوته.

والقسم الثاني: أن يخرجا معاً وينقطع أحدهما قبل الآخر، فالحكم للمتأخر لقوته.

والقسم الثالث: أن يسبق خروج أحدهما ويتأخر انقطاع الآخر، فالحكم لأسبقهما خروجاً وانقطاعاً، لأن البول يسبق إلى أقوى مخرجيه.

والقسم الرابع: أن يخرجا معاً وينقطعا معاً ولا يسبق أحدهما الآخر، فهو على أربعة أقسام:

---

(١) مختصر المزني، ص: ١٧٨.

(٢) سورة النبأ، الآية: ٨.

(٣) حديث ابن عباس: سبق تخريجه في الفرائض.

(٤) الأثر عن علي: سبق تخريجه في الفرائض.

أحدها: أن يستويا في القدر والصفة.

والثاني: أن يختلفا في القدر ويستويا في الصفة.

والثالث: أن يختلفا في الصفة ويستويا في القدر.

والرابع: أن يختلفا في القدر والصفة.

فأما القسم الأول: وهو أن يستويا في القدر والصفة فلا بيان فيه.

وأما القسم الثاني: وهو أن يختلفا في القدر دون الصفة، فيكون أحدهما أكثر من الآخر ففيه قولان:

أحدهما: أن يكون الحكم لأكثرها، وهو قول أبي حنيفة. تغليباً لقوته بالكثرة وقد حكاه المزني في جامعه الكبير.

والقول الثاني: إنهما سواء، وهو قول أبي يوسف، لأن اعتبار كثرته شاق، وقد قال أبو يوسف رداً على أبي حنيفة حيث اعتبر كثرته. أفيكال إذن؟

وأما القسم الثالث: وهو أن يختلفا في الصفة في التزريق والشرشرة، فقد اختلف أصحابنا في اعتباره على وجهين:

أحدهما: يعتبر، فإن تزريق البول للرجال، والشرشرة للنساء. وقد روي عن جابر أنه سئل عن الخنثى قال: ادنُوه من الحائط، فإن زرقَ فذكرٌ، وإنْ شرشرَ فأُنْثَى[١].

والوجه الثاني: إنه لا اعتبار به، لأن هذا قد يكون من قوة المثانة وضعفها.

وأما القسم الرابع: فهو أن يختلفا في القدر والصفة، فينظر فيهما: فإن اجتمعا في أحد العضوين فكان التزريق مع الكثرة في الذكر، أو كانت الشرشرة مع الكثرة في الفرج، كان ذلك بياناً يزول به الإشكال.

وإذا اختلفا فكانت الشرشرة في الفرج والكثرة في الذكر أو بالعكس، فلا بيان فيه لتكافيء الأمارتين.

فصل: فأما إذا لم يكن في المبال، إما عند تساوي أحوالهما، وإما عند إسقاط ما

---

(١) الأثر عن جابر: أخرجه سعيد بن منصور (١٢١)، والبيهقي: ٦/٢٦١.

اختلفا فيه من القدر والصفة، فقد اختلف أصحابنا: هـل يعدل إلى اعتبار عدد الأضلاع. أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يعتبر عدد الأضلاع، فإن أضلاع المرأة تتساوى من الجانب الأيمن والجانب الأيسر، وأضلاع الرجل تنقص من الجانب الأيسر ضلع، لما حكي أن الله خلق حواء من ضلع آدم الأيسر[1]. فلذلك نقص من أضلاع الرجل اليسرى ضلع، ومن أجل ذلك قيل للمرأة: ضلع أعوج، وقد قال الشاعر:

هي الضلع العوجاء ليس تقيمها ... إلا أن تقويم الضلوع انكسارها
أتجمع ضعفاً واقتداراً على الهوى ... أليس عجيباً ضعفها واقتدارها

وتوجيه هذا الوجه في اعتبار الأضلاع الأثر المروي عن علي رضي الله عنه أنه أمر قنبراً، ويرفأ، وهما مولياه أن يعدّا أضلاع خنثى مشكل، فإن استوَتْ أضلاعُهُ من جانبيْهِ فهو امرأة وإن نقصَتْ اليسرى ضلع، فهو رجل[2].

والوجه الثاني: وهو قول الأكثر من أصحابنا: إنه لا اعتبار بالأضلاع، لأن النبيّ ﷺ عدل عنها إلى الاعتبار بالمبال. وهي ألزم حالاً من المبال، وأقوى لو كان بها اعتبار.

ولما جاز العدول عنها إلى المبال الذي هو أضعف منها، وليس الأثر المروي فيه عن علي ثابتاً. وقد قال أصحابنا التشريح من علماء الطب: أن أضلاع الرجل والمرأة متساوية من الجانبين، وإنها أربعة وعشرون ضلعاً من كل جانب، منها اثنا عشر ضلعاً.

وقد أضيف إلى هذا الأثر ما يدفعه ويرده من المشاهدة خرافة مصنوعة تمنع منها العقول، وهو أن رجلاً تزوج خنثى على صداق أمةٍ، وإنه وطىء الخنثى فأولدها، ووطىء الخنثى الأمة فأولدها، فصار الخنثى أماً وأباً، فرفع إلى عليّ كرم الله وجهه، فأمر بعدّ أضلاعه، فوجدت مختلفة، ففرق بينهما. وهذا مدفوع نبذته العقول.

فصل: فأما مماثلة الرجال في طباعهم وكلامهم أو مماثلة النساء في طباعهن وكلامهن، فلا اعتبار به لأن في الرجال مؤنث، وفي النساء مذكر، وكذلك اللحية لا اعتبار بها، لأن في الرجال من ليس له لحية، وفي النساء من ربما خرج لها لحية، على أنه قلّ ما يبقى بعد البلوغ إشكال.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) راجع: ابن قدامة: ٦/ ٣٣٦: عن علي والحسن: تعدّ أضلاعه.

فصل: فأما المني والحيض فإن اجتمع له إنزال المني ودم الحيض، فهو على أربعة أقسام:

أحدها: أن يخرجا من فرجه، فيكون امرأة ويكون كل واحد منهما أمارة تدل على زوال إشكاله.

والقسم الثاني: أن يخرجا من ذكره، فيزول إشكاله بالإنزال وحده ويكون رجلاً ولا يكون الدم حيضاً.

والقسم الثالث: أن يكون الدم من ذكره وخروج المني من فرجه، فيكون امرأة لأن إنزال المني من الفرج دليل، وخروج الدم من الذكر ليس بدليل.

والقسم الرابع: أن يكون خروج المني من ذكره، وخروج الحيض من فرجه، ففيه لأصحابنا ثلاثة أوجه:

أحدها: يغلب حكم الحيض ويحكم بأنه امرأة، لأن الحيض لا يكون إلا من النساء، والمني يكون من الرجال والنساء.

والوجه الثاني: يغلب حكم المني ويحكم بأنه رجل، لأن الدم ربما كان من مرض ولم يكن حيضاً.

والوجه الثالث: أنه على إشكاله وليس في واحد منهما بيان لتقابلهما. والله أعلم.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، فلا يخلو حال الخنثى من أحد أمرين: إما أن يزول إشكاله، أو لا يزول.

فإن زال إشكاله بما ذكرناه من أحد الأسباب المعتبرة فيه، أجري عليه حكم ما بان عليه. فإن كان رجلاً أجري عليه حكم الرجال في جميع أحواله من النكاح والولاية والشهادة والدية والميراث وزوج امرأة، وهل لها الخيار لزيادة فرجه أم لا؟ على قولين ذكرناهما.

وقال بعض أصحابنا مذهباً ثالثاً: إنه إن زال إشكاله لأنه يبول من ذكره دون فرجه فلا خيار لها للقطع بأنه رجل، وإن زال إشكاله لسوقه بوله من ذكره لكثرته منه فلها الخيار لأنه اجتهاد غير مقطوع به، وأنه ربما نقضه بعض الحكام وأعاده إلى حال الإشكال. وإن بان

امرأة أجري عليه أحكام النساء في النكاح والشهادة والولاية والدية والميراث، وزوجت رجلاً، وهل له الخيار لزيادة ذكرها أم لا؟ على قولين ذكرناهما:

أحدهما: لا خيار له.

والثاني: له الخيار.

ومن أصحابنا من خرج مذهباً ثالثاً: أنه إنْ زال إشكالها لبولها من فرجها وحده فلا خيار له، وإن زال لسوقه منه أو لكثرته فلها الخيار كما ذكرناه في الرجل.

فصل: وإذا كان على إشكاله لم يجز أن يزوج قبل سؤاله واختباره، فإن تزوج رجلاً كان النكاح باطلاً لجوزاز أن يكون رجلاً، فإن بان امرأة لم يصح كتقدم فساده. وإن تزوج امرأة كان النكاح باطلاً لجواز أن يكون امرأة، فإن بان رجلاً لم يصح لتقدم فساده، وإذا كان كذلك ولم يبق ما يعتبر من أحواله غير سؤاله عن طباعه الجاذبة له إلى أحد الجنسين، سئل عنها للضرورة الداعية إليها كما تسأل المرأة عن حيضها، فيرجع فيه إلى قولها. فإن قال: أرى طبعي يجذبني إلى طبع النساء وينفر من طباع الرجال، عمل على ما أخبر به من طبعه في أصل الخلقة لا على ما يظهر من تأنيث كلامه أو تذكيره، لأن الرجل قد يكون مؤنثاً يتكلم بكلام النساء، والمرأة قد تكون مذكرة تتكلم بكلام الرجال. قال: ولا يعمل على ما يشتهيه، فإن الرجل قد يشتهي الرجل، والمرأة قد تشتهي المرأة، وإنما الطباع المذكورة في أصل الخلقة والقائمة في نفس الجبلة النافرة مما صادتها بغير تصنع هي المعتبرة، ويكون قوله فيها هو المقبول، إذ قد عدم الاستدلال بغير قوله، كالمرأة التي يقبل قولها في حيضها وطهرها.

وإذا كان كذلك قيل له: أخبرنا عن طبعك، قال: يجذبني إلى طباع النساء، قُبِلَ قوله بغير يمينٍ، لأنه ليس فيه حق لغيره، فيحلف عليه. ولأنه لو رجع لم يقبل منه، وحكم بأنه امرأة وزوج رجلاً فإن عاد بعد ذلك فقال: قد استحال طبعي إلى طباع الرجال لم يقبل منه، وكان على الحكم بما تقدم من كونه امرأة، وعقد النكاح على صحبته.

وإذا علم الزوج بأنه خنثى، فله الخيار ها هنا قولاً واحداً، لأن الإشكال لم يزل إلا بقوله الذي يجوز أن يكون فيه كاذباً، وكان أسوأ حالاً ممن زال إشكاله بأسباب غير كاذبة، ولو كان قد قال: هذا الخنثى حين سئل عما يجذبه طبعه إليه، أرى طبعي يجذبني إلى طباع الرجال، حكم بأنه رجل، وقبل قوله في نكاحه وفما أخبر به من جميع أحكامه.

وهل يقبل قوله فيما اتهم فيه من ولايته وميراثه أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا تقبل منه لتهمته فيه وحكاه الربيع عنه.

والقول الثاني: وهو المشهور في أكثر كتبه: أنه يقبل منه. لأن أحكامه لا تتبعض، فيجري عليه في بعضها أحكام الرجال، وفي بعضها أحكام النساء، وإذا جرى عليه حكم النساء في شيء، أجرى عليه أحكام النساء في كل شيء، وإذا جرى عليه حكم الرجال في شيء، أجرى عليه حكم الرجال في كل شيء. وإذا حكم بأنه رجل زوج امرأة ولم يقبل منه الرجوع، وإذا علمت المرأة بحاله فلها الخيار في فسخ نكاحه قولاً واحداً والله أعلم بالصواب.

باب الإِحْصَانِ الّذِي يُرْجمُ بِه مِن كُتُب[1]

قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (وإذا أصاب الحرُّ البالغ أو أُصيبَتِ الحرّةُ البالغةُ فهو إحصان في الشرك وغيره لأن رسول الله ﷺ رجمَ يهوديَّيْن زَنيا ولو كان المشركُ لا يكونُ لا يكونُ محصناً كما قال بعضُ الناس، لما رُجِمَ رسولُ الله ﷺ غيرَ محصنٍ)[2].

قال الماوردي: أما الإحصان في اللغة، المنع. يقال: قد أحصنت المرأة فرجها إذا امتنعت من الفجور، قال الله تعالى: ﴿وَالَّتِي أَحْصَنَتْ فَرْجَهَا﴾[3] أي منعته، ويقال: مدينة حصينة أي منيعة، قال الله تعالى: ﴿فِي قُرًى مُّحَصَّنَةٍ﴾[4] أي ممنوعة، ويقال امرأة حصان إذا امتنعت من الفجور، وفرس حصان إذا امتنع به راكبه، ودرع حصين إذا امتنع بها لابسها، فسميت ذات الزوج محصنة لأن زوجها قد حصنها ومنعها.

وإذا كان هكذا، فالحصانة في النكاح اسم جامع لشروط مانعة إذا تكاملت كان حد الزنا فيها الرجم دون الجلد، لقول النبيّ ﷺ: «خُذُوا عني خُذُوا عني قد جعلَ اللّهُ لهن سبيلاً البِكْر بالبِكْر جلدُ مائةٍ وتغريبُ عامٍ والثيّبُ بالثّيّبِ جِلدُ مائةٍ والرّجمُ»[5] والشروط المعتبرة في الحصانة أربعة:

أحدها: البلوغ الذي يصير به ممنوعاً مكلفاً.

والثاني: العقل لأنه مانع من القبائح موجب لتكليف العبادات.

---

(١) في مختصر المزني: الإحصان الذي به يرجم مَن زنى. من كتاب التعريض بالخطبة وغير ذلك، ص: ١٧٨.

(٢) مختصر المزني، ص: ١٧٨. وسبق تخريج الحديث في النكاح، وفي الحدود.

(٣) سورة الأنبياء، الآية: ٩١.

(٤) سورة الحشر، الآية: ١٤.

(٥) حديث عبادة بن الصامت: أخرجه مسلم في الحدود (١٦٩٠) (١٢) و(١٣) و(١٤)، والترمذي (١٤٣٤)، والدارمي: ٢/ ١٨١، وأبو داود (٤٤١٦)، والبيهقي: ٨/ ٢٢٢، وأحمد: ٥/٣١٣، و٣٢٠.

والثالث: الحرية التي تمنع من البغاء والاسترقاق وإن كمال الحد يمنع منه نقص الرق.

والرابع: الوطء في عقد نكاح صحيح لأنه يمنع من السفاح، وقد قال الله تعالى: ﴿مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ﴾[1].

فأما الإسلام فليس بشرط في الحصانة. فإذا تكاملت هذه الشروط الأربعة في مسلم أو كافر رجم إذا زنى.

وقال أبو حنيفة ومالك: الإسلام شرط معتبر في الحصانة، ولا يرجم الكافر إذا زنى، استدلالاً بما روي عن النبيّ ﷺ أنه قال: «لا إحصانَ في الشِّركِ»[2] وروي عنه ﷺ أنه قال: «مَنْ أشركَ باللَّهِ فليسَ بمحصنٍ». وروي أن حذيفة بن اليمان تزوج يهودية فقال له النبي ﷺ: «إنها لا تُحصِنُك»[3].

ولأن الإحصان منزلة كمال وتشريف يعتبر فيها نقص الرق، فكان بأن يعتبر نقص الكفر أولى. ولأنه لما كان الإسلام معتبراً في حصانة القذف حتى لم يحد من قذف كافراً، وجب أن يعتبر في حصانة الحر حتى لا يرجم الكافر إذا زنى.

ودليلنا: ما رواه الشافعي عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر، أن النبيّ ﷺ رجمَ يهوديين زنيا[4] والرجمُ لا يجبُ إلا على محصن، فدل على أنهما محصنان.

فإن قيل: فإنما رجمهما بالتوارة ولم يرجمهما بشريعته، لأنه أحضر التوراةَ عند رجمهما، فلما ظهر فيها آية الرجم تلوحُ رجمهما حينئذ[5].

قيل: لا يجوز أن يحكم بغير ما أنزل الله عليه، وقد قال تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾[6] وإنما أحضر التوراة لأنه أخبرهم بأن فيها آية الرجم، فأنكروا، فأحضرها لإكذابهم.

---

(١) سورة النساء، الآية: ٢٣.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) تقدّم زواج حذيفة بيهودية، وأمّا قوله: أنها لا تحصنك، فهو لكعب بن مالك: أخرجه سعيد بن منصور (٧١٥)، والبيهقي: ٧/ ٢١٦، والدارقطني: ٣/ ١٤٨.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) سبق تخريجه.

(٦) سورة المائدة، الآية: ٥١.

فإن قيل: فيجوز أن يكون هذا قبل أن صار الإحصان شرطاً في الرجم، فعنه جوابان:

أحدهما: أنه ليس يعرف في الشرع وجوب الرجم قبل اعتبار الحصانة، فلم يجز حمله عليه.

والثاني: إنه قد روى عبد الله بن عمر، أن النبيّ ﷺ رجم يهوديين أحصنا[1] فأبطلت هذه الرواية هذا التأويل.

ومن طريق القياس أن كل من وجب عليه بالزنا حد كامل فوجب أن يكون بالوطء في النكاح محصناً كالمسلم، ولأن كل قتل وجب على المسلم بسبب وجب على الكافر إذا لم يقر على ذلك السبب كالقود.

وقولنا: إذا لم يقر على ذلك السبب، احتراز من تارك الصلاة فإنه يقتل إذا كان مسلماً، لأنه لا يقر ولا يقتل إذا كان كافراً لأنه يقر، ولأنه الرجم أحد حدي الزنى، فوجب أن يستوي فيه المسلم والكافر كالجلد. ولأنه لما استوى في حد الزنى حكم العبد المسلم والكافر فوجب أن يستوي فيه حد الحر المسلم والكافر.

فأما الجواب عن الخبرين الأولين فمن وجهين:

أحدهما: حمله على حصانة القذف دون الرحم.

والثاني: لإحصانه يمنع من استباحة قتلهم وأموالهم لقوله ﷺ: «أُمِرتُ أن أقاتِلَ النَّاسَ حتى يقولُوا لا إله إلا الله فإذا قالُوها عصِمُوا مني دماءَهم وأموالَهم إلا بحقِّها»[2].

وأما الجوابُ عن حديث حذيفة. فهو أنه لا يجوز حملُه على حصانة الزنى، لأنه يصحُّ من رسول الله ﷺ أن يقولَ لمن وثق بدينه من أصحابه، وحذيفةُ قد كان موثوقاً بدينه إنك متى زنيْتَ تحتَ هذه اليهودية لم تُرْجَم.

وإنما معنى قوله: لا تحصنك[3] أي لا تتعفّف بك، كما تتعفف المسلمة. وأما

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) حديث أبي هريرة، أخرجه البخاري في الزكاة (١٣٩٩) و(١٤٥٦)، والإعتصام (٧٢٨٤) و(٧٢٨٥)، ومسلم في الإيمان (٢٠)، وابن مندة في الإيمان (٢١٥)، والنسائي: ٥/ ١٤ و٦/ ٥ و٧/ ٧٧، وأبو داود (٥٥٦)، والترمذي (٢٦٠٧)، والبيهقي: ٤/ ١٠٤، وأحمد: ٢/ ٥٢٨.

(٣) سبق تخريجه.

اعتبارهم ذلك بحصانة القذف. فالفرق بينهما إن حد الزنى حق الله تعالى، فجاز أن يستوي فيه المسلم والكافر، وحد القذف من حقوق الآدميين فجاز أن يفترق فيه المسلم والكافر كالدية.

وأما استدلالهم بأنه لما اعتبر في سقوط الرجم نقص الرق، اعتبر فيه نقص الكفر.

فأما الجواب عنه: إنه لما كان نقص الرق معتبراً في الحد الأصغر، كان معتبراً في الحد الأكبر. ولما كان نقص الكفر غير معتبر في الحد الأصغر، كان غير معتبر في الحد الأكبر، فافترقا والله أعلم.

فصل: فإذا تقرر أن الإسلام غير معتبر في شروط الحصانة، فالكلام فيها مشتمل على ثلاثة فصول:

أحدها: في نكاح الحصانة.

والثاني: في وطء الحصانة.

والثالث: في زمان الحصانة.

فأما نكاح الحصانة، النكاح الصحيح الذي يجوز أن يقيم عليه الزوجان بولي وشاهدين.

فأما المتعة والمناكح الفاسدة فلا توجب الحصانة لأن الحصانة لاعتبار الحرية فيها أغلظ شروطاً من إحلال المطلقة للأول، لأن الحرية لا تعتبر فيها. ثم ثبت أن المناكح الفاسدة لا تحل، فكان أولى أن لا تحصن. ولا وجه لما قاله أبو ثور: من أنها تحصن، وكذلك التسري بملك اليمين لا تحصن، كما لا تحل المطلقة.

وأما وطء الحصانة فهو تغييب الحشفة في الفرج، سواء كان معه إنزال أو لم يكن، فإن تلذذ بما دون الفرج أو وطىء في السبيل المكروه لم يتحصنا، كما لا يسقط به حكم العنة لأنه وطء مقصود في الشرع، فلم يتعلق إلا بالفرج كالإحلال للمطلق.

فصل: وأما زمان الحصانة فهو الوقت الذي يكون فيه الوطء مثبتاً للحصانة، ولا يخلو حالهما وقت الوطء من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكونا كاملين.

والثاني: أن يكونا ناقصين.

والثالث: أن يكون الزوج كاملاً والزوجة ناقصة.

والرابع: أن يكون الزوج ناقصاً والزوجة كاملة.

فأما القسم الأول وهو أن يكونا كاملين فكمالهما يكون بالبلوغ والعقل والحرية، فإذا كانا وقت الوطء بالغين عاقلين حرين، صارا جميعاً به محصنين سواء عقد النكاح بينهما في حال الكمال، أو قبله. وسواء بقي العقد بينهما أو ارتفع، قد ثبتت الحصانة بوطء المرة الواحدة، فأيهما زنى رجم.

وأما القسم الثاني وهو أن يكونا ناقصين، ونقصانهما أن يكونا صغيرين، أو مجنونين، أو مملوكين، فلا يكونا بالوطء محصنين ما كانا على الصغر والجنون، والرق. فإن بلغ الصغيران وأفاق المجنونان، وعتق المملوكان، فهل يصيرا بالوطء المتقدم محصنين أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: إنهما قد صارا محصنين، لأنه قد ثبت به أحكام الوطء في النكاح من كمال ووجوب العدة، وتحريم المصاهرة، والإحلال للمطلق، فكذلك الحصانة فإذا زنيا رجما لتقدم الشرائط على الزنى.

والوجه الثاني: وهو مذهب الشافعي رحمه الله: إنهما لا يصيران محصنين حتى يستأنفا الوطء بعد كمال البلوغ والعقل والحرية. لأن هذا الوطء يوجب الكمال، فوجب أن يراعى وجوده في أكمل الأحوال. ولأنه لما ثبتت الحصانة في وقت لم يثبتها بعد وقته، وبهذا خالف ما سواه من الإحلال، وتحريم المصاهرة، وكمال المهر، ووجوب العدة، لثبوتها به في وقته وبعد وقته.

ثم هكذا لو كان نقص الزوجين مختلفين، فكان أحدهما صغيراً والآخر مجنوناً، أو كان أحدهما مملوكاً والآخر صغيراً أو مجنوناً، فوطئا، لم يصيرا به في الحال محصنين، وهل يصيرا به بعد الكمال محصنين أم لا؟ على وجهين.

وأما القسم الثالث وهو أن يكون الزوج كاملاً والزوجة ناقصة، فكمال الزوج أن يكون بالغاً عاقلاً حراً، ونقصان الزوجة أن تكون صغيرة أو مجنونة أو مملوكة، أو تجمع نقص الجنون والصغر والرق، فقد صار الزوج بذلك محصناً إذا كانت الصغيرة التي وطئها

ممن يجوز أن يوطأ مثلها. فإن كانت ممن لا يجوز أن يوطأ، لم يتحصن بوطئها.

فأما الزوجة فلا تكون محصنة بهذا الوطء في النقصان بالصغر والجنون والرق، فإذا كملت بالبلوغ والعقل والحرية فهل تصير به محصنة أم لا؟ على ما ذكرنا من الوجهين:

وقال أبو حنيفة: إذا كان أحدهما ناقصاً لم يحصنا معاً في الحال، ولا في أي حال حتى يكون الكمال موجوداً فيهما حال الوطء. وهذا خطأ، لأن موجب الحصانة أن يختلف بها حد الزنى فيجب الرجم على المحصن، والجلد على غير المحصن.

ولو اختلف حالهما وقت الزنى فكان أحدهما محصناً والآخر غير محصن رجم المحصن، وجلد غير المحصن، ولم يكن لاختلافهما تأثير في حصانة أحدهما دون الآخر. كذلك اختلافهما في وقت الوطء في النكاح لا يمنع من أن يصير به أحدهما محصناً دون الآخر.

وأما القسم الرابع وهو أن يكون الزوج ناقصاً والزوجة كاملة، ونقصان الزوج أن يكون صغيراً أو مجنوناً أو مملوكاً، أو يجمع نقص الصغر والجنون والرق، فيطأ زوجة كاملة بالبلوغ والعقل والحرية، فقد صارت بوطئه محصنة إذا كان الصغير ممن يطأ مثله. فإن كان مثله لا يطأ لم تحصن بوطئه.

فأما الزوج فلا يكون محصناً في حال نقصه، وهل يصير به محصناً بعد كماله أم لا؟ على ما ذكرنا من الوجهين. وعلى قول أبي حنيفة: لا يتحصن به واحد منهما والله أعلم بالصواب.

مسألة: قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: (فأما الخنثى إذا جعلناه رجلاً تحصن بوطء امرأةٍ ولا يتحصَّن لوطئه رجل، ولو جعلْنَاه امرأةً تحصنَ بوطءِ رجلٍ ولا يتحصَّنُ لو وطِيء امرأة، ولو كان على حال إشكاله لم يتحصَّن بوطء رجلٍ ولا بوطءِ امرأةٍ، ولا بوطء رجلٍ وامرأةٍ، لأن نكاحه في حال إشكاله باطل والحصانة لا تثبت بالوطءِ في نكاح باطل[1]. والله أعلم بالصواب.

---

(١) هذه المسألة غير مذكورة في الباب.

فهرس كتاب الحاوي الكبير

الجزء الحادي عشر

باب ما جاء في الترغيب في النكاح

باب ما على الأولياء وإنكاح الأب البكر بغير أمرها

باب اجتماع الولاة وأولاهم وتفرقهم وتزويج المغلوبين على عقولهم والصبيان

باب المرأة لا تلي عقد النكاح

باب الكلام الذي ينعقد به النكاح

باب ما يحل من الحرائر ويحرم ولا يتسرى العبد وغير ذلك من الجامع من كتاب النكاح وكتاب ابن أبي ليلى

باب نكاح العبد وطلاقه

باب ما يحل ويحرم من نكاح الحرائر والإماء والجمع بينهن وغير ذلك

باب الزنى لا يحرم الحلال

باب نكاح حرائر أهل الكتاب وإمائهم وإماء المسلمين

باب الخلاف في إمساك الأواخر

باب ارتداد الزوجين أو أحدهما

باب طلاق الشرك

باب نكاح أهل الذمة ومهورهم من الجامع وغيره

باب إتيان الحائض ووطء اثنتين قبل الغسل

باب إتيان النساء في أدبارهن

باب الشغار وما دخل فيه من أحكام القرآن

باب نكاح المتعة، والمحلل

باب نكاح المحرم

باب العيب في المنكوحة

باب الأمة تغر من نفسها

باب الأمة تعتق وزوجها عبد

باب أجل العنين والخصي والمجبوب غير الخنثى

باب الإحصان الذي يرجم به




Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)



